

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

O DIREITO DE CONSTRUIR E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

MARINA STRAGINSKI CARMONA

FLORIANÓPOLIS

2012

MARINA STRAGINSKI CARMONA

O direito de construir e a função social da propriedade.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal de Santa Catarina, como  
requisito parcial para obtenção do Título de  
Bacharel em Direito.

Orientador Prof. Dr. José Isaac Pilatti

FLORIANÓPOLIS  
2012

*Aos meus pais, Osny e Neivone, que  
sempre incentivaram os meus estudos.*

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, aos meus pais, que sempre dedicaram a sua atenção aos meus estudos, me apoiando incondicionalmente ao longo dessa jornada, e ao meu irmão, companheiro de assuntos e angústias universitários.

À Universidade Federal de Santa Catarina, por ter me propiciado um ambiente plural no qual pude questionar minhas ideias e mesmo reformular meu modo de pensar.

Aos meus queridos amigos, especialmente aos que compartilharam dessa trajetória de graduação, com os quais dividi minhas angústias e esperanças e aos quais atribuo uma grande responsabilidade pelo crescimento que experimentei ao longo desses cinco anos.

Muito obrigada.

## RESUMO

Este trabalho propõe-se a analisar e cotejar duas interpretações distintas acerca da relação entre o princípio da função social da propriedade e o direito de construir. Para este fito, inicialmente aborda-se a própria ideia de função social da propriedade, sua origem e seu desenvolvimento, até a sua concepção atual, qual seja, a de que a função social da propriedade reconfigura o próprio conteúdo do direito de propriedade, produzindo nele uma verdadeira mudança estrutural. Em seguida, coloca-se a atenção sobre o direito de propriedade urbana, especialmente no que se refere à sua relação com o planejamento urbanístico – na medida em que este é um dos pontos de maior relevância para a tese da separação do direito de construir – e, após, trata-se brevemente da Lei n. 10.257/2001, autodenominada Estatuto da Cidade, e alguns de seus instrumentos de atuação urbanística, como a outorga onerosa do direito de construir, no que se refere aos aspectos que mais interessam a esse estudo. Por fim, apresenta-se a tese da autonomia do direito de construir em relação ao direito de propriedade, fundamentada na ideia da conformação urbanística do direito de propriedade, e, em seguida, os argumentos contrários a esse entendimento, que se fundamentam, sobretudo, na impossibilidade de retirar do direito de propriedade urbana justamente o seu conteúdo econômico mínimo, que seria o direito de edificar.

**Palavras-Chave:** direito de propriedade; função social da propriedade; Estatuto da Cidade; plano diretor; direito de construir.

## ABSTRACT

This monograph intends to analyze and collate two distinct interpretations on the relation between the principle of the social function of property and the right to build. To this end, one initially addresses the very idea of the social function of property, its origins and development, up until its contemporary concept, which is that the aforementioned principle reconfigures property law's own contents, producing in it a truly structural change. Subsequently, it highlights the law of urban property, especially in regard to its relation with urban planning – insofar as this is one of the points of most relevance to the theory of separation of the right to build– then, it briefly treats the subject of Federal Law n. 10.257/2001, self-entitled Statute of the City, and some of its instruments of urban actions, such as the onerous grant of the right to build, concerning the aspects that matter most to this study. Ultimately, it introduces the theory of autonomy of the right to build in relation to property law, grounded on the basis of urban conformation of property law, and then the arguments against this understanding, which are based mainly on the impossibility of removing from the law of urban property precisely its minimum economic content, which would be the right to build.

**Keywords:** property law; social function of property; Statute of the City; city's master plan; right to build.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
1. O DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL.....	10
1.1. Perspectiva histórica ocidental da evolução do direito de propriedade .....	11
1.2. O princípio da função social da propriedade.....	19
1.3. A propriedade e sua função social no ordenamento jurídico brasileiro .....	29
2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PRÍNCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA .....	36
2.1. A função social da propriedade urbana na Constituição Federal .....	36
2.2. O Estatuto da Cidade.....	44
2.3. O planejamento urbanístico e o plano diretor .....	50
3. O DIREITO DE CONSTRUIR DIANTE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE .....	54
3.1. O direito de construir no Estatuto da Cidade .....	54
3.2. A controvérsia acerca da separação entre o direito de construir e o direito de propriedade..	62
3.2.1. O direito de construir e a atividade urbanística: argumentos a favor da autonomia do direito de construir em relação ao direito de propriedade.....	63
3.2.2. O direito de construir e o conteúdo mínimo da propriedade: argumentos a favor da inerência do direito de construir ao direito de propriedade.....	72
CONCLUSÃO .....	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	84

## INTRODUÇÃO

O tema que ora se propõe a discutir, qual seja, a relação existente entre o direito de construir e a função social da propriedade, é de extrema relevância no estudo do direito urbanístico, na medida em que a atividade urbanística – pela qual o Poder Público intervém nas propriedades privadas urbanas, buscando que cumpram sua função social – possui no controle sobre as edificações uma das principais formas de ordenação do desenvolvimento urbano.

As discussões a respeito da separação do direito de construir em relação ao direito de propriedade não são algo inteiramente novo. Já na década 1970, época em que as cidades experimentavam um vertiginoso crescimento vertical, essa hipótese foi considerada, tendo em vista os interesses sociais e a necessidade de controlar o crescimento urbano; todavia, desde então, a polêmica sempre esteve presente, uma vez que tal separação altera o próprio conteúdo do direito de propriedade, retirando-lhe uma de suas tradicionais faculdades, que é a possibilidade de construir sobre o terreno.

Sabe-se que o direito de propriedade é garantido pela Constituição Federal, a qual, no entanto, também determinou, em igual patamar, que ela cumpra sua função social. No caso da propriedade urbana, que é parte de um todo maior chamado cidade, o cumprimento da função social implica na harmonização dos interesses do proprietário com os interesses de desenvolvimento urbano, que deve buscar concretizar as funções sociais da cidade e o bem-estar dos habitantes.

Tal harmonização se dá, segundo a Constituição, com o planejamento urbanístico, especialmente com o Plano Diretor, que possui legitimidade para determinar quando a propriedade cumpre, ou não, a sua função social.

Com tais considerações em vista é que se estrutura o presente trabalho, que foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo faz-se uma breve reconstrução histórica da noção de propriedade, com o fito de assentar que essa, ainda que por vezes apareça – segundo a doutrina civilista tradicional – como uma instituição única, que sempre existiu exatamente da forma como é atualmente, corresponde, na realidade, a um instituto que está diretamente relacionado com o regime político-econômico de cada lugar. Em seguida, apresenta-se a origem e o desenvolvimento da noção de função social da propriedade, até chegar ao ordenamento jurídico



brasileiro atual, o qual consagra não somente a garantia da propriedade, mas, com a mesma veemência, a funcionalização desse direito em prol do interesse coletivo.

No segundo capítulo, passa-se da análise do direito de propriedade para a do direito de propriedade urbana, tal como garantido na Constituição de 1988, que deu grandes passos nessa temática. Verifica-se, primeiramente, que o conteúdo da função social da propriedade urbana ficou submetido, segundo determinou a Constituição, ao planejamento urbanístico, ao qual foi atribuída a tarefa de ordenar a cidade com vistas a efetivar as funções sociais da cidade. Ainda, aborda-se o Estatuto da Cidade, lei federal que regulamentou o capítulo constitucional que trata da Política Urbana e que trouxe novos elementos para a efetivação da função social da propriedade urbana.

No último capítulo, chega-se ao tema do direito de construir. Primeiramente, coloca-se a atenção sobre um dos instrumentos urbanísticos do Estatuto da Cidade, a outorga onerosa do direito de construir, que teria, segundo a concepção de alguns, promovido a separação entre o direito de construir e o direito de propriedade. Em seguida, passa-se à exposição da tese da separação, da forma como desenvolvida por Victor Carvalho Pinto, esteado na doutrina europeia da conformação do direito de propriedade, e, após, aborda-se uma linha de argumentos contrários a essa separação, que defende que a faculdade de construir constitui o conteúdo essencial do direito de propriedade urbana, garantido pela Constituição Federal.

## 1. O DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

A propriedade, enquanto instituto social e político, sofreu consideráveis transformações ao longo da história da humanidade, de modo que, embora se possa afirmar que a noção de propriedade exista desde a mais remota antiguidade – mesmo que de maneira muito variada –, sua caracterização em absoluto se manteve única e intocável.

Na lição do historiador do direito Paolo Grossi (2006, p. 5),

“a propriedade é apenas um artifício verbal para indicar a solução histórica que um ordenamento jurídico dá ao problema da relação jurídica mais intensa entre um sujeito e um bem, ou, em outras palavras, a resposta à questão central sobre a consistência mínima do ‘meu’ jurídico; soluções e respostas que são duplamente múltiplas, segundo os vários climas históricos e segundo os vários conteúdos que um mesmo clima histórico dá àquele invólucro aberto e disponível que convencionalmente identificamos como propriedade”.

Diante disso, é indispensável abordar neste trabalho, ainda que brevemente, os principais momentos da história ocidental em que se deram as variações na noção de propriedade, para que se possa apreender mais firmemente a ideia de propriedade existente atualmente no direito brasileiro, já que, ainda que essa não seja um resultado de um processo de evolução linear, inegável que o estudo da história do instituto contribui para sua compreensão.

Ademais, o estudo das variações sofridas na noção de propriedade permite compreender a inexistência de apenas um direito de propriedade, “o direito de propriedade” por excelência, como por vezes leva a crer a doutrina civilista ao delinear o direito de propriedade legado pela doutrina liberal, mas, antes, que o direito de propriedade é um direito nodular à caracterização político-social de cada Estado, que varia conforme a sua ideologia política, tendo a política econômica como um dos principais definidores de seu regime.

Com efeito, Grossi (2006) adverte que a propriedade é, antes de tudo, uma mentalidade, uma vez que se liga, por um lado, a uma antropologia, a uma visão do homem no mundo, e, por outro, graças ao seu vínculo estreitíssimo com interesses vitais de indivíduos e de classes, a uma ideologia. A propriedade é, por essas insuprimíveis raízes, mais do que qualquer outro instituto, *mentalidade* – aliás, mentalidade profunda. E, continua o autor, porque são tão grandes os interesses em jogo por trás dela, as escolhas econômico-jurídicas são defendidas com conotações éticas e religiosas, aparecendo a solução histórica como ideologia, e o modesto

instituto – que convenientemente tutela determinados interesses de ordem e de classe – é subtraído à relatividade do devir e conotado de caráter absoluto.

Tendo em conta tais observações, passa-se a uma breve análise da noção da propriedade ao longo da história da civilização ocidental, para que, após discorrer sobre a origem da ideia de função social da propriedade, possa-se abordar a inserção desta no ordenamento jurídico brasileiro.

### 1.1. PERSPECTIVA HISTÓRICA OCIDENTAL DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Inicialmente, cumpre diferenciar, como fazem diversos autores esteados na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, as noções de propriedade e de direito de propriedade, uma vez que não se pode confundir o direito com o seu objeto, que é a coisa em si mesma:

“O direito de propriedade é a expressão juridicamente reconhecida à propriedade. É o perfil jurídico da propriedade. É a propriedade, tal como configurada em dada ordenação normativa. É, em suma, a dimensão ou o âmbito de expressão legítima da propriedade: aquilo que o direito considera como tal” (MELLO, 1987, p. 39).

Ruy de Jesus Marçal Carneiro (1998, p. 24), citando o jurista, sintetiza que:

“Distintas são as noções de propriedade, abstratamente considerada – ou seja, para além do seu delineamento normativo, em tal ou qual país – e o direito correspondente. Em suma: as normas atinentes à propriedade e ao seu uso e gozo definem o âmbito de expressão da propriedade, tal como reconhecida em dado sistema juspositivo. São elas que desenham o que chamamos de direito de propriedade, isto é, o conteúdo juridicamente protegido e aceito como válido, em certa ordenação nacional, para a propriedade.”

Com efeito, como observa Mello (1987), basta ver que, dependendo do tratamento dispensado ao direito de propriedade, um estado será socialista ou capitalista, com todas as implicações jurídicas daí decorrentes.

Pois bem. Na análise do instituto da propriedade ao longo da história da civilização ocidental, percebe-se que, de uma forma inicialmente coletiva, existente nas

sociedades primitivas, nas quais a propriedade era atribuída à comunidade, esta passou gradualmente a ser individualizada, sem que se tenha observado, no entanto, uma linearidade.

Com efeito, é da lição de Grossi (2006) que a história do pertencimento e das relações jurídicas sobre as coisas seja marcada por uma profunda descontinuidade, já que a propriedade é sobretudo uma mentalidade. Assim é que a referida história é marcada por universos profundamente caracterizados e solidamente demarcados, ainda que esses marcos, sendo os marcos entre duas mentalidades, conservem territórios nos quais os traços do passado continuam a formar as consciências, fazendo do novo universo uma realidade *in limine* contraditória, portadora de valores de sinal oposto.

Isso dito, anota-se que, conforme relato de Valcir Gassen (1996), a propriedade coletiva predominou nas antigas civilizações. Nas comunidades gentílicas do Egito, Síria e Mesopotâmia, organizadas basicamente em grupos familiares, clãs e tribos, a propriedade era coletiva e tinha por base o entendimento de que a comunidade predominava sobre o indivíduo. O que contava era a comunidade e, sendo assim, a terra pertencia ao grupo todo, tanto aos vivos quanto aos mortos, visto que a crença, nesses tempos, sustentava que os mortos permaneciam de certa forma ligados às condições terrenas.

Eros Grau (1977), por sua vez, observa que um duplo aspecto parece ter revestido referida propriedade: relação de pessoa e coisa, quanto à propriedade de instrumentos de trabalho e armas, e relação de grupos e bens, quanto à propriedade da terra, das colheitas, dos rebanhos pelo grupo familiar constituído, numa forma primeira de uso comunitário da propriedade.

O historiador Fustel de Coulanges (2003), em seu clássico “A cidade antiga”, afirma que entre as populações antigas da Grécia e da Itália a propriedade privada sempre foi praticada, desde a mais remota antiguidade, em contraste com as populações antigas que chegaram a ter a terra em comum, como os germanos, entre os quais cada membro da tribo ganhava um lote numa partilha anual dos campos para cultivo, sendo, assim, proprietários da colheita e não da terra; ou como entre os tártaros, que admitiam o direito de propriedade em relação aos rebanhos.

Apesar das diferenças, existia, entre referidas populações primitivas gregas e romanas, a propriedade privada baseada na religião doméstica, pela qual cada família<sup>1</sup> tinha os seus próprios deuses, que eram os antepassados que as protegiam. Textualmente, o autor escreve que “a ideia de propriedade privada fazia parte da própria religião” (COULANGES, 2003). Neste sentido, a propriedade privada da terra era da grande família, de um culto, da religião, que se comunicava com um espaço territorial.

Os mortos tinham o seu altar assente no solo, para adoração da família:

“Os mortos são deuses que pertenciam apenas a uma família, e apenas a família tem o direito de invocá-los. Esses mortos tomaram posse do solo, vivem sob esse pequeno outeiro, e ninguém, a não ser a família, pode pensar em unir-se a eles. Ninguém igualmente tem o direito de desalojá-los da terra que ocupam; uma sepultura, entre os antigos, não pode ser demolida, nem deslocada; proibem-no leis as mais severas. Aqui está, pois, uma parte de terra que, em nome da religião, se torna objeto de propriedade eterna para cada família. A família apropriou-se da terra, sepultando nela seus mortos, fixando-se lá para sempre. O mais novo descendente dessa família pode dizer convictamente: esta terra é minha” (COULANGES, 2003, p. 63).

O historiador enxerga, pois, uma estreita relação entre religião, família e propriedade nessas populações antigas, a ponto de afirmar que “não foram as leis, porém a religião, que a princípio garantiu o direito de propriedade” (COULANGES, 2003, p. 64).

O desenvolvimento das sociedades primitivas, no entanto, gradualmente levou ao desaparecimento da propriedade coletiva e familiar para dar lugar à individual, em um longo processo de individualização.

Ainda a respeito dos povos romanos, em contraste com a afirmação de Fustel de Coulanges, Rogério Leal (1998) afirma que, no período antigo de Roma, existiram duas formas de propriedade coletiva: a da cidade e, somente depois, a da família. No período antigo, a propriedade seria da cidade, embora já não se desse a cada indivíduo mais do que uma faixa de terra reduzida. As pastagens pertenciam a todos, sendo certo, para o autor, que fortalecia a ideia de propriedade coletiva o fato de só se admitir como bens alienáveis os móveis.

Já em um segundo momento, Clóvis Beviláqua, citado por Liana Pontilho Mattos (2003), afirma que a propriedade romana assume um formato familiar, vinculada ao *pater*

---

<sup>1</sup> Importante anotar a ressalva de Valcir Gassen, ao observar que se trata de “família esta composta por duas ou três mil pessoas, isto é, diferente da família moderna, que reflete o resultado histórico de um processo de redução” (1996, p. 128).

*famílias*. Segundo o autor, o chefe de família recebia uma faixa de terra e a cultivava durante toda a vida; após a sua morte, a terra era passada aos filhos; ele não podia alienar a propriedade em vida nem transmiti-la por testamento, já que o bem não era dele, mas da família.

Com o avanço da civilização romana, os poderes concentrados no grupo familiar perdem vigor e passa-se a focalizar o indivíduo, com o que também o traço familiar da propriedade vai se transmutando para o individual. Após um longo processo de individualização, a propriedade é finalmente concebida naquele formato que acabou ficando para a posterioridade como “a” propriedade romana: um direito absoluto e exclusivo.

Segundo José Cretella Junior (1985), essa propriedade caracterizava-se justamente por ser um direito absoluto e exclusivo, que permitia ao proprietário utilizar a coisa como bem entendesse, inclusive destruí-la. De fato, o instituto assumiu um caráter personalíssimo, individualista, pelo qual o proprietário possuía um poder integral, individual, intransferível sobre a coisa que lhe pertencia.

O traço absoluto do direito de propriedade se evidenciava, segundo o autor, pelas três *jura* que o caracterizavam: o direito de usar, de fruir e de abusar da coisa (*jus utendi*, *jus fruendi* e *jus abutendi*). A respeito de referido atributos, preleciona Grau (1997, p. 2) que:

“para os juristas romanos, os poderes inerentes ao domínio integravam-se nas três fórmulas: *usus* – o poder de utilizar-se da coisa, retirando-lhe todas as vantagens, exceto os frutos; *fructus* – o poder de recolher das coisas os seus produtos; e o *abusus* – o poder de consumir ou alienar a coisa”.

Assim é que, segundo Cretella Junior (1985), ao menos na teoria – uma vez que entre os romanos dos primeiros tempos esse caráter absoluto não é totalmente invulnerável, pois desde a Lei das XII Tábuas já existiam algumas restrições –, o direito de propriedade romano principiou por ser um direito absoluto sobre a coisa, o maior dos poderes permitidos por lei. No mundo romano, “situa-se a propriedade no centro do sistema, girando-lhe ao redor toda a ordem jurídica e econômica” (CRETELLA JUNIOR, 1985, p. 168).

Com o decorrer do tempo, tal direito absoluto vai sofrendo limitações legais inspiradas em motivos de ordem pública, privada, ética, higiênica ou prática, como que caminhando do individual para o social.

Com a invasão dos povos germânicos nas províncias romanas e o declínio desse Império, instituiu-se um sistema senhorial pelo qual, de maneira simplificada, os donos de

terra submeteram-se a um soberano em troca da proteção contra as invasões. As terras passaram para o domínio do soberano – o que se chamou de domínio eminente – e a sua utilização – domínio útil – foi garantida aos antes proprietários, que passaram a feudatários (MATTOS, 2003).

Surgem, então, propriedades fracionadas sobre a mesma coisa, cada uma tendo como objeto uma determinada fração de poderes sobre a coisa. Daí a emergência da ideia de domínio útil, e, conseqüentemente, do *dominio diviso*, construção jurídica típica do medievo que, como aponta Grossi (2006), desenvolve-se diante do deslocamento de atenção da titularidade ao exercício, com o conseqüente agigantamento social e jurídico de fatos econômicos antes inominados e não tutelados.

“O domínio útil é, antes de tudo, a tradução em termos jurídicos de uma mentalidade. É a mentalidade do primado do efetivo, é a mentalidade ‘possessória’ do alto medievo que domina ainda como imperiosa constituição material do mundo dos glosadores e dos comentaristas” (GROSSI, 2006, p. 54).

Nesse sentido, não é mais, como na idade clássica, a dimensão da validade, isto é, a correspondência a um arquétipo, que mede a juridicidade de um dado, mas acima de tudo a sua efetividade, a capacidade de incidir sobre a realidade prescindindo de modelos ideais. As coisas, antes oprimidas pela vontade dominadora do sujeito, agigantam-se e tornam-se os elementos essenciais de uma paisagem humana que apresenta sempre menores traços da ação humana.

“Uma mentalidade angulosamente proprietária como a romana foi substituída por uma civilização possessória, à qual é de todo indiferente a ideia de uma relação de validade [...] e que é, ao contrário, dominada por um vigoroso princípio de efetividade” (GROSSI, 2006, p. 45).

Importante, contudo, destacar a influência do Cristianismo sobre a noção de propriedade na primeira fase da Idade Média, especialmente das doutrinas filosóficas de São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, que retomaram diversas discussões de velhos temas filosóficos. O caráter individualista da propriedade da terra era condenado por São Tomás de Aquino, que defendia a ideia de uma propriedade que atendesse aos interesses coletivos. O pensamento tomista é considerado, hoje, o antecedente do princípio da função social da

propriedade, muito embora as suas ideias tenham sido apenas absorvidas e retomadas muitos séculos depois (MATTOS, 2003).

O fenômeno do Mercantilismo e mesmo o da Revolução Comercial, no entanto, se encarregou de alavancar o processo de fragilização do modelo feudal de organização social, revelando como prioritária a implementação da ideia de propriedade produtiva, responsável pelo crescimento econômico, principalmente do mercado das relações de produção que se vai formando ao longo da ascensão da burguesia (LEAL, 1998).

A formação de uma classe burguesa, decorrente do desenvolvimento da indústria e do comércio, abalando o prestígio da atividade agrícola e, por consequência, a sólida posição social dos senhores feudais, que passaram a gozar apenas os benefícios das rendas de suas terras, levou à modificação do antigo regime. E a propriedade está bem no centro do projeto burguês, “porquanto a propriedade é o principal direito de que precisa o *homo economicus* enquanto tal” (GROSSI, 2006).

Com efeito, com o surgimento do capitalismo, o direito de propriedade sofre profundas modificações e passa a ser entendido pela nova classe burguesa como um direito subjetivo, individual, absoluto e inviolável, verdadeira relação abstrata entre os homens e os bens.

Como afirma Grossi (2006, p. 64):

“Tanto quanto o ordenamento medieval [...] tinha tentado construir um sistema objetivo de propriedades, construindo-as a partir das coisas e sobre as coisas, reprodutor fiel da trama complexa das coisas, assim a ordem nascente da idade nova se volta em direção oposta, toda tesa a dismantelar as figuras jurídicas do real em uma desesperada busca de autonomia. As velhas propriedades estavam no real, escritas nele e nele lidas e transcritas com humildade; o novo encontrará no real somente uma manifestação externa, um campo de ação eficaz pelo que potencialmente já existe no interior do sujeito e que pede somente para exprimir-se e concretizar-se”.

O historiador identifica como traços marcantes da propriedade moderna a simplicidade e a abstração. A simplicidade consiste em ignorar a complexidade das coisas, fazendo do direito de propriedade não mais o espelho da complicada realidade fenomênica, mas sim da unicidade do sujeito, de modo a desvinculá-la da sua projeção objetiva para ligá-la indissoluvelmente ao sujeito:



“A simplicidade testemunha a escolha de tirar o *dominium* das variações do contingente para torná-lo absoluto no âmbito do sujeito, inserindo-o o mais possível no interior dele” (GROSSI, 2006, p. 68).

No que se refere à abstração, o autor aponta que a propriedade torna-se uma relação pura, não aviltada pelos fatos. A abstração é total: abstrato é o sujeito titular e abstrata é a sua linha mestra com capacidade ilimitada de tolerar os conteúdos os mais diversos, o que é perfeitamente congenial àquele indivíduo abstrato, sem carne e osso, que se define como momento determinante do projeto burguês.

Com efeito, com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a propriedade é consagrada como um direito fundamental do homem, direito inviolável e sagrado que se insere no rol de direitos naturais e imprescritíveis, verdadeiro prolongamento da personalidade humana.

Carlos Antônio Wolkmer (2002) aponta que o primeiro grande instituto da juridicidade moderna é o direito de propriedade, simbolizando uma forma de poder qualificado como absoluto, exclusivo e perpétuo. Enquanto na estrutura econômica feudal a propriedade fundiária assumia um caráter fragmentário (instrumento do servilismo), porquanto a mesma porção de terra dividia-se entre vários proprietários, subordinados uns aos outros, na ordem socioeconômica capitalista o regime adquire aspecto unitário e exclusivo.

Assim é que, inspirado nessa orientação abstrata e individualista, o Código Napoleônico de 1804, portador dos valores burgueses que se consolidavam, consagrou o caráter individual e absoluto do direito de propriedade. O artigo 504 do diploma dispunha:

“A propriedade é o direito de usufruir e dispor de objetos da mais absoluta forma, levando-se em conta que ninguém não faça uso dela de alguma maneira que proibida por lei ou regulamentações. Ninguém será forçado a desistir de sua propriedade a menos que seja para o bem público e por meio de justa e prévia indenização.”

Ao romper com o sistema de exploração e privilégios feudais e dar destaque à propriedade privada, expressão do domínio absoluto e inviolável, a legislação napoleônica traduziu os interesses individualistas e os avanços revolucionários dos segmentos sociais que passaram a exercer a hegemonia, livres, agora, de encargos que oneravam a utilização do solo (WOLKMER, 2002).

Conferiu-se ao proprietário um direito absoluto sobre a coisa, esta concebida como símbolo da liberdade dos indivíduos frente ao Estado, e, desse modo, este ficou liberado de todos os encargos a que o antigo regime feudal submetia a propriedade (CHALHUB, 2000).

Esse novo conceito liberal individualista de propriedade, todavia, haveria de sofrer objeções e promover acirrados debates já na segunda metade do século XIX, quando, devido às mudanças sociais ocasionadas pela Revolução Industrial, pensadores e juristas de diversas tendências passaram a fazer-lhe severas críticas.

Tratou-se de uma violenta reação anti-individualista. É de se destacar que os países europeus encontravam-se, no final do século XVIII e início do XIX, marcados por profundas desigualdades sociais que se acirraram em razão da Revolução Industrial desenfreada, que rapidamente inverteu as relações de trabalho até então vigentes. Milhões de trabalhadores tentavam se adaptar às novas condições (desumanas) de trabalho (MATTOS, 2003).

De fato, segundo Marés (2003), não havia mais, na Europa do final do século XIX, quem acreditasse que o liberalismo, com sua propriedade absoluta, pudesse fazer frente à miséria dos trabalhadores e à cada vez mais insustentável situação insurrecional vivida da Rússia à Inglaterra.

Assim, já na segunda metade do século XIX,

“temos duas claras posições acerca da legitimidade da propriedade privada, ambas contrárias ao seu caráter absoluto: a primeira, dos socialistas, argumentando que a propriedade individual dos bens essenciais, entre eles a terra, é ilegítima, e a segunda, liderada pela Igreja, de que a legitimidade não se assenta somente na legalidade do contrato livre, mas na avaliação da justeza dele” (MARÉS, 2003, p. 42).

Com efeito, a Igreja teve importante papel nessa virada. Em 1891, o Papa Leão XIII publicou a famosa encíclica *Rerum Novarum*, “que, em defesa da propriedade privada, fez um libelo contra a desumanidade do contrato de trabalho, portanto contra a liberdade absoluta de contratar” (MARÉS, 2003, p. 40), verdadeiro fundamento da propriedade moderna.

Também o pensamento socialista, em contraponto à doutrina liberal sustentada pela burguesia, enfatizou a importância do fato econômico na história e preconizou a luta de classes, em busca da igualdade material. Pregou, ao final, a “destruição da propriedade privada” (GRAU, 1977, p. 5).

Vislumbra-se, assim, que, já no início do século XX, em consonância com as mudanças sociais que se operavam, diversos pensadores defenderam a supressão da propriedade privada, enquanto outros observaram que a propriedade privada, para ser legítima, não deveria servir apenas aos interesses do proprietário, mas também ir ao encontro dos interesses da coletividade, que não poderia ser prejudicada pelo uso egoístico deste direito, tal como preconizava a doutrina liberal.

Essa modificação, como leciona Orlando Gomes (1989), integrou-se a um contexto no qual as estruturas mentais estavam adquirindo nova inspiração. Por efeito imediato da mudança de mentalidade, o respeito à propriedade privada como direito intocável enfraqueceu.

Foi nesse contexto que se desenvolveu, aos poucos, a noção de que a propriedade não poderia ser utilizada apenas em benefício dos interesses egoísticos do proprietário, mas, antes, também em benefício da coletividade.

## 1.2. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A doutrina não é uniforme ao abordar a origem do princípio da função social da propriedade. Para alguns, a formulação primeira teria sido de Augusto Comte<sup>2</sup>, com a proclamação por Leon Duguit, embora já tivesse sido cogitada por São Basílico e São Tomás e retomada por Rousseau (GRAU, 1977).

Afirma-se, ainda, que a ideia da função social da propriedade teria suas origens na doutrina do abuso de direito, construção jurídica elaborada pela jurisprudência francesa em meados do século XIX. Nesse sentido é a afirmação de Judith Martins-Costa, citada por Fernando Rister de Souza Lima e Lucas Rister de Souza Lima (2008, p. 111):

“Como é por todos sabido, a noção de função social da propriedade começa a sua história com base nas formulações acerca da figura do abuso de direito, pela qual foi a jurisprudência francesa gradativamente impondo certos limites ao poder absoluto do proprietário. A abordagem,

---

<sup>2</sup> Segundo Pinto (2005, p. 164), a doutrina da função social da propriedade encontra sua origem na filosofia política positivista, que teve como principais fundadores Saint-Simon e Augusto Comte. O autor destaca que referida princípio está presente em várias das obras de Augusto Comte, estando sua exposição mais completa em *Systeme de Politique Positive*, de 1824 (2005, fl. 169), no qual este afirma “todos tem deveres para com todos, mas ninguém tem direito algum propriamente dito. Ninguém possui outro direito que não seja o de cumprir sempre o seu dever”.

contudo, ainda ocorrida no plano dos ‘limites’, fatores externos à estrutura mesma do direito subjetivo, que restava inatingido, tendo-se a propriedade como um ‘*droit absolu et sacré*’ excepcionalmente restringido nas hipóteses de abuso”.

Segundo a concepção de abuso de direito que se desenvolveu, os tribunais franceses passaram a entender que o proprietário tinha, de fato, um direito subjetivo à propriedade, mas, ao agir com a intenção exclusiva de prejudicar outro agente, abusava desse direito.

Tratava-se de limitar o exercício do direito subjetivo de propriedade para que não prejudicasse a atuação de outro direito subjetivo. Não se fundamentava a limitação, assim, no reconhecimento de que tal exercício ia de encontro a uma suposta função desse direito, ou contrariava o valor que o ordenamento lhe conferia; pelo contrário, limitava-se um direito para garantir o exercício de outro, usualmente de outro proprietário.

A teoria do abuso de direito, portanto, ainda que tenha tido o mérito de reconhecer limites aos direitos subjetivos, especialmente ao direito de propriedade – o direito oitocentista por excelência –, não tinha qualquer referência com uma suposta função dos direitos.

Independentemente das controvérsias acerca da origem da noção de função social, é certo que em meados do século XIX surgiu uma forte tendência por parte de certos autores de afastar-se do individualismo reinante, consagrado pelas codificações oitocentistas, e identificar no Direito um caráter social. Nesse sentido é possível citar os escritos de Enrico Cimbali<sup>3</sup>, Karl Renner<sup>4</sup> e León Duguit.

---

<sup>3</sup> PEIXOTO (2005, p. 18) aponta que Enrico Cimbali sustentava ser imperiosa a mudança do paradigma individual, adotado pelo Código Civil italiano, para uma concepção social atento as especificidades da vida moderna, com vistas a permitir mediante suas normas fosse legitimadas as novas relações jurídicas, surgidas em decorrência das transformações experimentadas. Nesse sentido, o autor teria impregnado o Direito com a socialidade visando restaurar a harmonia e equilíbrio das relações jurídicas até então tratadas, exclusivamente, sob o prisma individualista.

É nesse sentido que a via da socialidade permite sejam os institutos jurídicos funcionalizados, entre os quais a propriedade, sobre a qual o autor afirma: “a propriedade, além de direito, e mais do que simples direito individual, é uma grande função social, porque só pode e deve ser realizada por quem possua e conserve intactas as condições de que se origina, e que somente possa fornecer garantia seguro de um exercício legítimo e fecundo de uteis resultados”.

<sup>4</sup> Segundo PEIXOTO (2005, p. 23), Karl Renner examina as recíprocas relações travadas entre direito e economia. Na ótica do autor, a função econômica constitui “um processo único [que para sua efetivação] pode se valer de uma pluralidade de institutos jurídicos”, ao passo que a função social, seria uma consequência da atuação do processo econômico no meio social. Assim, os institutos jurídicos devem estar articulados entre si, como forma de atender às exigências da sociedade que somente serão alcançadas tendo em conta a função social que cada um desempenha dentro do processo social (2005, p. 24).

Sem dúvida, a teoria de Leon Duguit, que escreveu entre o final do século XIX e início do século XX, foi a que mais despontou, chegando mesmo a constituir um marco histórico no desenvolvimento da doutrina da função social da propriedade, em seus primórdios. Isso porque Leon Duguit enunciou, de forma verdadeiramente inovadora, que a propriedade não era mais um direito subjetivo, mas uma função social do detentor de riqueza.

Para o autor, o fundamento dos direitos dos indivíduos, em contraponto às doutrinas individualistas, que concebiam direitos subjetivos anteriores ao direito objetivo, estaria no caráter social do Direito. Segundo afirmou,

“a regra de direito é social pelo seu fundamento, no sentido de que só existe porque os homens vivem em sociedade [...] Estabelecido o direito objetivo na solidariedade social, o direito “subjetivo” daí deriva, direta e logicamente. E sendo todo indivíduo obrigado pelo direito objetivo a cooperar na solidariedade social, resulta que ele tem o ‘direito’ de praticar todos aqueles atos com os quais coopera na solidariedade social, refutando, por outro lado, qualquer obstáculo à realização do papel social que lhe cabe” (DUGUIT, 2006, p. 26).

Influenciado pela filosofia positivista de Augusto Comte, Duguit (2006) defendia que um indivíduo somente possui direito na medida em que consagra o seu exercício à realização da solidariedade social, de forma que a liberdade consiste unicamente na liberdade de cumprir o dever social.

E, se a liberdade é o dever para o indivíduo de empresar sua atividade física, intelectual e moral no desenvolvimento da interdependência social, assim também a propriedade é, para todo o possuidor de uma riqueza, o dever, a obrigação de ordem objetiva, de empregar a riqueza que possui em manter e aumentar a interdependência social (COSTA, 2001).

Nessa esteira, o direito de propriedade<sup>5</sup> deixaria de ser um direito subjetivo, mas uma função social do detentor de riqueza imobiliária,

“a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza social utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que deve se modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder” (COSTA, 2001, p. 761).

---

<sup>5</sup> Como observa Pinto (2005, p. 184), não se incluem na teoria os objetos de consumo, mas apenas a ‘propriedade capitalista’, ou seja, dos meios de produção, incluindo tanto objetos móveis quanto os imóveis.

O doutrinador observou que a concepção da propriedade como direito natural, que era dominante à época, impossibilitava justificar as propriedades que existiam de fato e também limitar o exercício do direito de liberdade. Segundo afirmava,

“A propriedade deve ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social; e o direito do proprietário, como justo e concomitantemente limitado pela missão social que se lhe incumbe em virtude da situação particular em que se encontra” (DUGUIT, 2006, p. 29).

Nesse sentido, de forma verdadeiramente inovadora, Duguit (2006) negou a natureza de direito subjetivo do direito de propriedade, atribuindo-lhe o caráter de função social<sup>6</sup>. Nas palavras de Costa (2001), na concepção de Duguit a propriedade deixou de ser aquele direito absoluto e intangível do indivíduo sobre a coisa possuída, direito subjetivo, metafísico e individualista, para se tornar uma situação jurídica objetiva, da subordinação de um bem a um fim, individual ou coletivo, coercitivamente assegurado pela sociedade, à vista de sua coincidência com o interesse social.

Diversas críticas foram feitas à concepção de *propriedade-função* elaborada por Duguit<sup>7</sup>, que negava o seu caráter de direito subjetivo. Os autores contrários à sua teoria afirmavam que o proprietário tinha, sim, um direito subjetivo respeitável por todos, denominado direito de propriedade, ao qual não se poderia inserir a noção de “função”, na medida em que isso resultaria em uma contradição. Nas palavras de um dos críticos do autor, Gaston Morin, citado por Costa (2001, p. 766):

“Introduzir a ideia de função no conceito de direito subjetivo é integrar uma contradição em sua estrutura. Porque o direito é uma liberdade no interesse de seu titular e a função uma obrigação no serviço de outras

---

<sup>6</sup> Segundo Orlando Gomes (2010, p.121), “pela influência que sua obra do começo do século exerceu nos autores latinos, Leon Duguit pode ser considerado o pai da ideia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário se deve comportar e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como um funcionário. Tornou-se clássico o seu texto explicativo da função social da propriedade. Vale a pena transcrevê-lo: ‘A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder”.

<sup>7</sup> Costa anota as críticas de Gaston Morin, Jean Dabin e François Geny à ideia de propriedade-função de Duguit em seu artigo “A propriedade na doutrina de Duguit (exposição e crítica)”.

peças que não é o funcionário. A lógica exige a escolha entre o conceito de direito e o de função. É impossível acumular os dois”.

Ainda que tais objeções tenham sido levantadas, é inegável a contribuição de Leon Duguit para o avanço da discussão a respeito do tema. Com efeito, a concepção que acabou por ser aceita pelos doutrinadores ao longo do século XX foi a de que a propriedade não é uma função social, tal qual apregoado por Duguit, mas *tem* uma função social, sem que isso implique em contradição com a existência de um direito subjetivo de propriedade<sup>8</sup>.

No começo do século XX, portanto, em consonância com as mudanças que se operavam na ordem social, passou-se a considerar a existência de um componente coletivo à outrora individualista concepção de direito de propriedade. Nesse sentido, demandava-se a intervenção do Estado no domínio econômico, no domínio das relações privadas, com o fito de moderar as liberdades individuais em consonância com os interesses sociais.

Em contraponto às doutrinas socialistas que à época surgiam e propunham a supressão da propriedade privada, propôs-se, no mundo capitalista, a intervenção do Estado no domínio econômico, e, no caso da propriedade privada, a sua harmonização com o interesse social<sup>9</sup>.

Segundo Carlos Frederico Marés (2003), o mundo estava diante de um dilema para superar a desumanidade da propriedade absoluta: de um lado, o caminho socialista aberto pela revolução russa, ou, de outro, do lado capitalista, a construção do Estado do Bem Estar Social. Esse Estado capitalista, na Europa pós-primeira guerra, previa constituições que determinassem a intervenção do estado na ordem econômica. Segundo o autor, esse processo foi iniciado na Alemanha de Bismark, com leis que garantiam o seguro desemprego, protegiam os acidentes de trabalho, entre outras, mas somente com a Constituição de Weimar de 1919 a intervenção na ordem econômica e, mais precisamente, na propriedade privada foi instituída na ordem capitalista.

---

<sup>8</sup> Mais adiante se explanará a inexistência de contradição entre direito subjetivo e função social, tal como analisado por Eros Grau.

<sup>9</sup> Na advertência de Orlando Gomes, “essa energia moral da concepção de que a propriedade é uma função social não tem, entretanto, inspiração socialista, como se supõe, por desinformação, particularmente os socialistoides levianos e contrabandistas de ideias. Muito pelo contrário, se não chega a ser uma mentira convencional, é um conceito ancilar do regime capitalista [...]. É que legitima o lucro ao configurar a atividade do produtor de riqueza, do empresário, do capitalista, como exercício de uma profissão no interesse geral. Seu conteúdo essencial permanece intangível, assim como seus componentes estruturais. A propriedade continua privada, isto é, exclusiva e transmissível livremente” (2010, p. 122)

De fato, a Constituição de Weimar trouxe uma seção sobre a vida econômica, que em seu artigo 152 previa que “nas relações econômicas a liberdade contratual só vigora nos limites da lei”, o que possibilitava que o Estado interviesse nos contratos e na vontade das partes. O reconhecimento da função social da propriedade, por sua vez, se dava com o artigo 153, que estabelecia: “a propriedade será amparada pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites serão fixados pelas leis. A propriedade obriga. Seu uso deve estar a serviço do bem comum” (MARÉS, 2003, p. 84).

Já no contexto latino-americano, Marés (2003) destaca a importância e o pioneirismo da Constituição Mexicana de 1917, que, segundo o autor, como instrumento jurídico, foi mais completa e profunda que a alemã, porque não apenas condicionou a propriedade privada, mas a reconceituou.

Finalmente, pela influência que tais cartas constitucionais tiveram, a ideia de função social da propriedade passou a ser prevista no corpo das novas constituições elaboradas sob as novas condições políticas e econômicas que se afirmavam no mundo.

Nas palavras de Mariana Filchiner Figueiredo (2007, p. 26), os textos constitucionais atribuíam ao particular a titularidade do direito de propriedade, mas determinavam que a esse poder acompanhasse a respectiva funcionalização, em senso social, de forma a harmonizar ambos os conceitos.

Dessa maneira, a propriedade definitivamente perdeu o seu caráter acentuadamente individualista (pelo menos no que concerne ao direito positivo), rompendo-se com a concepção tradicional liberal – não obstante continuasse a ser encarada, pelas constituições capitalistas, como um direito individual<sup>10</sup> – e passou a conter em seu bojo o dever de cumprir uma função social, em prol dos interesses sociais.

Como explica Figueiredo (2007), passou-se a por o acento na exigência de que os bens devem satisfazer não apenas às necessidades do proprietário individual, mas, antes, da inteira coletividade. Utilização, caráter coletivo, produtividade: a propriedade, enfim, deve adequar-se a um novo modelo, viabilizando o cumprimento da função social que lhe é inerente.

---

<sup>10</sup> Tarso de Melo (2009, p. 76), citando Gilberto Bercovici, afirma que “é indispensável, portanto, que o intérprete reconheça que ‘a função social da propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral’”. O autor faz, no entanto, a seguinte ressalva: “conhecendo a realidade do instituto no seu contexto normativo, bem como a realidade social, o Direito se fortalece”.



Grau (2001) aponta que o que parece exato é a circunstância de que a propriedade não mais foi concebida como um direito subjetivo justificado exclusivamente pela sua origem, mas que remanesce exclusivamente à medida que atentemos que seu fundamento é inseparável da consideração do seu uso.

Nessa altura, importante anotar a lição do autor acerca da inexistência de contradição, tal qual argumentaram diversos doutrinadores, em inserir a noção de função social na própria estrutura do direito subjetivo de propriedade (GRAU, 1981). A pergunta que o autor se coloca é: se o direito subjetivo é uma faculdade, como compatibilizá-la com a ideia de função social?

Ocorre que, como explica, o direito subjetivo não é faculdade, mas permissão jurídica para o uso da faculdade humana – que está no homem, não no Direito – quando concedida por normas jurídicas. Ser titular de um direito subjetivo é estar autorizado pelo ordenamento jurídico a praticar ou a não praticar um ato, e a transformação da faculdade em ato, quando juridicamente autorizada, deve ser exercida dentro dos limites da autorização.

Isso porque pode o Direito, coerentemente, introduzir como elementos integrantes da autorização, a alguém para o exercício de uma faculdade, inúmeros requisitos, inclusive criando obrigações e ônus para o titular do direito subjetivo.

Feita essa rápida abordagem acerca da origem da ideia de função social e sua inserção nos ordenamentos jurídicos, deve-se buscar fixar o seu sentido. Para isso, atenta-se, inicialmente, para a própria expressão “função social”.

Segundo Fabio Konder Comparato, citado por Matos (2003) o substantivo função – *functio*, na língua matriz - é derivado do verbo depoente *fungor* (*functus sum, fungi*), cujo significado primigênio é de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou de uma tarefa. O autor observa que a ligação do verbo com a noção de múnus público era, de resto, corrente nos clássicos latinos.

Na definição de Santi Romano, citado por Grau (2001, p. 33) “as funções são poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”.

No que toca ao termo “social”, esse geralmente tem sido definido em sentido negativo, contrapondo-se a “individual”, como na expressão “utilidade social”. A própria palavra “utilização” já foi objeto de controvérsias, restando entendida como obtenção de um “máximo

social”, às vezes com sacrifício de outros interesses que não sejam coincidentes com o fim social perseguido (FIGUEIREDO, 2007).

Nesse mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld (1987) anota que, ao acolher o princípio da função social, o ordenamento jurídico pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, vale dizer, pretendeu trazer ao Direito Privado algo até então tido por exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade, vinculando a propriedade privada a interesses outros que não os exclusivos do proprietário.

Continuando, o autor conclui que, como consequência da submissão da propriedade, ou do proprietário, a objetivos sociais – evidentemente obrigatórios –, criaram-se verdadeiros deveres.

Nesse sentido é que Gustavo Tepedino (2006) afirma que, como elemento interno do domínio, a função social impõe ao titular o dever de respeitar situações jurídicas e interesses não-proprietários socialmente tutelados, atingidos pelo exercício dominical.

A respeito da criação de verdadeiros deveres, é importante constar que, inicialmente, desenvolveu-se entre certos autores a compreensão de que o princípio da função social da propriedade resultava na simples limitação ao exercício do direito de propriedade, de modo a ser gerador de imposições negativas ao proprietário. Confundi-se, assim, o princípio com o sistema de limitações do direito de propriedade, concernente ao poder de polícia.

Não obstante, falar em função social como sinônimo de limites à atuação do proprietário é o mesmo que se admitir que a noção de função social da propriedade teria um cunho meramente negativo (MATOS, 2003), o que não é certo.

A respeito do tema, José Afonso da Silva (2010) observa que o princípio da função social da propriedade não raro é confundido com o sistema de limitações. Ocorre que:

“As limitações dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; a função social à estrutura do direito mesmo, à propriedade [...] Limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do direito, e se explicam pela simples atuação do poder de polícia” (SILVA, 2008, p. 282).

Citando Fiorella D’Angelo, José Afonso da Silva (2008) observa que o princípio da função social da propriedade implica uma transformação destinada a incidir, seja sobre o fundamento mesmo da atribuição dos poderes do proprietário, seja, mais concretamente,

sobre o modo em que o conteúdo do direito vem positivamente determinado – de forma que a função social da propriedade posiciona-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, seja como obrigação de exercer determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas.

Também nesse sentido, Grau (2001) leciona que o princípio da função social da propriedade integra o próprio conceito jurídico-positivo de propriedade, de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade. Por isso que, embora sem autorizar a supressão da propriedade privada, transforma-se em um dever, que não é apenas negativo:

“[...] o princípio da função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do *poder de polícia*” (grifo no original). (GRAU, 2010, p. 250).

Comentando a diferença entre as limitações administrativas na propriedade, fundadas no poder de polícia, e a função social da propriedade, Sundfeld (1987, p. 7) aponta que as primeiras sempre foram legítimas tendo por fundamento a supremacia do interesse público sobre o privado:

“Não só a propriedade, como também a liberdade, pode ser condicionada pela atividade da Administração Pública à qual comumente se denomina Polícia Administrativa. Não há, na Constituição, nenhuma previsão específica a respeito de uma função social da liberdade e nem por isto se entende que o Estado não possa limitá-la. A razão é simples: o fundamento das limitações administrativas sempre foi encontrado na supremacia do interesse geral do Poder Público frente aos cidadãos, sem necessidade de disposição constitucional específica.[...] Ora, se nunca se impugnou o poder de o Estado limitar a propriedade, adequando-a ao interesse público, mesma quando esta era apenas tida por direito individual absoluto, por que achar agora que as limitações baseiam-se no princípio da função social?”.

Segundo o autor (SUNDFELD, 1987), assimilada e dissimulada a noção de função social no antigo conceito de limitação administrativa, relativa ao poder de polícia, nada se altera no regime jurídico do direito de propriedade, na medida em que, como advertiu Grau,

citado pelo autor, gravita-se no interior de um universo de limitações análogo às manifestações de Poder de Polícia, coerente com a ideologia do Estado Liberal.

Ocorre que, na opinião de Sundfeld (1987), a função social da propriedade implica na obrigação do proprietário de exercer o direito em benefício de um interesse social, ou seja, implica em uma obrigação de fazer, o que é incompatível com a propriedade individualista concebida estritamente sob os limites do Poder de Polícia<sup>11</sup>.

Em sentido contrário, Victor Carvalho Pinto (2005) considera que não é a natureza da regra a cumprir pelo particular, se fazer ou não fazer, que distingue o Poder de Polícia da função social da propriedade, mas sua finalidade, já que, enquanto as primeiras visam a limitar uma liberdade anterior, para impedir que ela seja exercida contra o interesse público, o princípio da função social da propriedade busca orientar a atividade do proprietário no sentido do atendimento ao interesse público<sup>12</sup>.

Por conseguinte, para Pinto (2005) as limitações urbanísticas ao direito de propriedade podem fundamentar-se na função social da propriedade, a depender da finalidade de que se revistam. E como o princípio da função social da propriedade impõe não um limite externo a um direito de propriedade anterior, mas leva à própria conformação desse direito, resulta que o direito de propriedade já nasce limitado, é dizer, não há restrições posteriores.

Ainda que essa controvérsia exista, parece certo que ao menos a ideia de que o princípio da função social da propriedade – além de ser um dos fundamentos de legitimação da propriedade – não constitui mera limitação ao exercício do direito de propriedade, mas molda a sua própria configuração jurídica, impondo deveres ao proprietário em benefício da coletividade, está assentada entre os autores.

---

<sup>11</sup> Sundfeld (1987, p. 10) anota, esteirado na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que apesar de no poder de polícia haver obrigações de fazer (taxadas de “aparentes obrigações de fazer” por Celso Antônio Bandeira de Mello), estas não são o objetivo da Administração. Esta não quer o próprio ato praticado. Por exemplo, é possível limitar uma propriedade impedindo a construção de mais de 10 andares (obrigação de não fazer), como condicionando o exercício do direito à instalação de aparelhos contra incêndio (obrigação de fazer). O que caracteriza tais obrigações é que o fazer é mera condição, cujo implemento abre a oportunidade do exercício de um direito. Assim, para servir refeições o comerciante deve afixar tabela de preços na porta do estabelecimento; para sair com seu veículo, o motorista deve usar o cinto de segurança, etc.

<sup>12</sup> Com efeito, para o autor (2005, p. 213), as limitações ao direito de propriedade podem ser igualmente fundamentadas no princípio da função social da propriedade, e, de outro lado, algumas obrigações de fazer podem ser fundadas no poder de polícia, como as de capinar e murar terrenos baldios.

### 1.3. A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como conta Mattos (2003), o Código Civil brasileiro de 1916, inspirado pelo Código Napoleônico de 1804 e sua concepção liberal de propriedade, consagrou o direito de propriedade individualista e absolutista; todavia, a inserção da ideia de função social da propriedade nas Constituições Mexicanas de 1917 e de Weimar de 1919, que sinalizaram um novo ideário, de cunho social, que se cristalizou em diversas outras constituições de países ocidentais, influenciou decisivamente para a inserção da função social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, que se deu pela primeira vez na Constituição de 1934.

Assim é que a Constituição brasileira de 1934 e todas as subsequentes – 1937, 1946, 1967/69 e, finalmente, 1988 – incorporaram ao seu texto a ideia da função social da propriedade<sup>13</sup>, ainda que, como alertam diversos doutrinadores, a mudança de tratamento constitucional não tenha logrado alterar a visão civilista patrimonialista predominante.

Como adverte Tarso de Melo (2009), não há dúvida de que os civilistas se deram conta das modificações na disciplina da propriedade decorrentes da inserção de tal princípio no ordenamento, todavia é necessário objetar as razões ideológicas para o fato de a Constituição não ser devidamente considerada pelo Direito Civil, que estão na hermenêutica “patrimonialista e privatista”, segundo expressão de Jacques Távora Alfonsin, uma vez que, citando Paolo Grossi, o autor aponta que, se a propriedade é mentalidade profunda para toda a sociedade, mais profunda se apresenta nos manuais de Direito Civil.

Diante disso é que se faz consignar que, embora a ideia de função social da propriedade tenha sido encartada nas constituições brasileiras desde o começo do século XIX, o seu conceito sempre foi considerado desprovido de aplicação prática. Nesse contexto, a noção da

---

<sup>13</sup> Ricardo Lira aponta que “a carta de 1934, embora não utilizasse o *nomen iuris* função social da propriedade, estabelecia, em seu art. 113, n.17, que o direito de propriedade, embora garantido, não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei viesse a determinar. Passemos pela constituição outorgada em 1937, para chegarmos à Constituição de 1946, onde, embora também sem utilizar o *nomen iuris* função social da posse (*sic*), se dizia que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social. O art. 157, III, da Constituição da República do Brasil de 1967, pela primeira vez no ordenamento constitucional, se valeu das mencionadas expressões. Preceituou que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos princípios que enumerou, entre eles o da função social da propriedade. O mesmo fez a Emenda Constitucional outorgada em 1969, art. 160. Com a redemocratização do país, sobreveio a Constituição de 1988, toda penetrada pelo princípio da função social da propriedade [...]” (2008, p. 166).

propriedade civilista e individualista do Código de 1916 seguiu orientando a maioria das decisões judiciais e das ações da própria administração pública (MATTOS, 2003).

Com relação à Constituição de 1988, “não se pode dizer que não tenha enfrentado com vigor o caráter absoluto do direito privado de propriedade. [...] Basta dizer que cada vez que garante a propriedade, determina que ela tenha uma função social” (MARÉS, 2003, p. 114).

Com efeito, no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, o texto constitucional não previu apenas que “é garantido o direito de propriedade”, como fora feito nas constituições anteriores, mas inseriu em seguida, no mesmo nível do preceito anterior, a determinação de que “a propriedade atenderá a função social” (artigo 5º, XXII e XXIII). Insculpou, pois, não apenas a garantia do direito de propriedade entre as cláusulas pétreas constitucionais, mas também a função social da propriedade. Ainda, em seu artigo 170, a Constituição inscreveu entre os princípios da ordem econômica a propriedade privada e a função social da propriedade, respectivamente, em seus incisos II e III.

Além de tais alterações, a Constituição deu maior concreção ao princípio da função social da propriedade nos capítulos da Política Urbana e da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, dos quais se tratará mais adiante, deixando de lado a retórica vazia das cartas constitucionais anteriores.

Nota-se, assim, que a Constituição de 1988 consagrou a propriedade como um direito subjetivo, assegurado por cláusula pétrea, todavia deu especial relevância à sua funcionalização, passando a integrar a função social ao próprio conceito do direito de propriedade. Ainda, ao elencar a propriedade privada e a função social da propriedade como princípios da ordem econômica, a Constituição também submeteu o direito de propriedade ao cumprimento dos objetivos da ordem econômica, consistentes na asseguarção a todos de “existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

“A inserção do princípio da garantia da propriedade privada entre os princípios da ordem econômica – inovação em face do texto revogado, que ali enunciava apenas a função social da propriedade – tem como consequência, mais do que afetá-la pela função social, a subordinação do exercício da propriedade privada aos fins colimados pela ordem econômica: realização de justiça social a fim de assegurar a todos existência digna” (GRAU, 2010, p. 247).

No mesmo sentido é a afirmação de Celso Antônio Bandeira de Mello. Para o autor, função social pode ser compreendidas sob duas acepções. Por um lado, deve atingir uma finalidade economicamente útil, seja no meio urbano ou rural, cumprindo com as suas vocações.

“Função social da propriedade é tomada como a necessidade de que o uso da propriedade responda a uma plena utilização, otimizando-se ou tendendo-se a otimizar os recursos disponíveis em mãos dos proprietários ou, então, impondo-se que as propriedades em geral não possam ser usadas, gozadas e suscetíveis de disposição, em contradição com estes mesmos propósitos de proveito coletivo” (MELLO, 1987, p. 41).

Mas, mais do que isso, o autor afirma que, à expressão “função social”, deve ser atribuído, também, um sentido vinculado à Justiça Social. Quer dizer, a propriedade deve ser utilizada de forma comprometida com a realização de uma sociedade mais justa e igualitária, equilibrando, ainda, variáveis como desenvolvimento econômico sustentável e preservação ambiental (1987, p. 41).

Percebe-se, diante disso, que a Constituição de 1988 deixou de ver a propriedade sob o prisma individualista para inseri-la no contexto da coletividade, em sentido contrário ao do Código Civil de 1916, de caráter extremamente individualista, que à época vigorava.

Carneiro (1998, p. 39) observa, a respeito do assunto, que

“hoje, mais firmemente do que ontem, quando aparecia de forma mais esmaecida, o princípio da ‘função social da propriedade’ está efetivamente encartado na Lei Maior, em topografia apropriada, permitindo que o Estado possa fazer valer o primado do interesse coletivo no exercício e utilização da propriedade privada, diminuindo, por via de consequência, a força individual desta [...]”.

Assim é que, a partir da Constituição de 1988, inegável que o direito de propriedade, usualmente reconhecido como submetido exclusivamente ao Código Civil, foi publicizado, na medida em que o Código Civil deixou de ser o núcleo principal da discussão, que ganhou ares de tema constitucional. A propriedade deixou de ser entendida apenas como submetida ao regime do Direito Civil para ter por fundamento, antes, a configuração jurídica insculpida nas disposições constitucionais.

É nesse sentido a fala de José Afonso da Silva (2010, p. 71):

“em que pese os juristas brasileiros privatistas conceberem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao direito civil, hoje, diante das transformações impostas à relação de propriedade, essa está sujeita à estrita disciplina de direito público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. As normas do direito privado sobre a propriedade devem ser compreendidas em conformidade com a disciplina constitucional”.

Carneiro (1998, p. 33) também discorre a respeito do tema, afirmando que:

“Com isso, verifica-se que o ‘direito de propriedade’ deflui por inteiro do próprio texto constitucional. E porque neste encontra a sua fonte primeira, pode ser interpretado, com convicção, que o ‘direito de propriedade’ tem a sua origem no próprio Direito Público e não no Direito Privado, como poderia estar assente se não tivessem sido feitas as leituras acima para a necessária compreensão do tema. Por outro lado, este último ramo do direito deve estar conformado com aquele, pois, afinal, é a Constituição Federal quem fortifica e embasa todo o sistema jurídico do Estado”.

Por fim, também Celso Antônio Bandeira de Mello (1987) afirma que o direito de propriedade encarta-se no Direito Público, e não no Privado. Segundo o autor, ainda que seja evidente que tal direito comporte relações tanto de Direito Público como de Direito Privado, o direito de propriedade é, essencialmente, configurado pelo Direito Público e, desde logo, pelo Direito Constitucional.

Destarte, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito de propriedade vem assegurado e delineado na Constituição Federal, sofrendo o influxo das normas de Direito Público, que garantem a sua submissão ao cumprimento da função social. As normas privatistas estabelecidas pelo Direito Civil, por sua vez, devem ser interpretadas à luz do regime jurídico configurado pelas normas constitucionais.

Nas palavras de Luiz Edson Fachin (1996), é mais o Código Civil brasileiro que deve ser visto à luz da Constituição Federal de 1988 e menos a Constituição que deve ficar à sombra do Código.

De outro norte, ao relacionar a função social da propriedade com o próprio conteúdo do direito de propriedade, imperioso reconhecer que a Constituição de 1988 reconheceu a inexistência de uma única propriedade, mas antes, de várias propriedades, em conformidade com a destinação do bem objeto, que faz o princípio da função social da propriedade atuar diversamente.

A respeito do assunto, afirma Silva (2010, p. 72):



“A constituição, aliás, consagra a tese - que se desenvolveu especialmente na doutrina italiana – segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares, de onde ser cabível falar não em ‘propriedade’, mas em ‘propriedades’”.

Salvatore Pugliatti, citado por Silva (2010, p. 73), afirma que “no estado das concepções atuais e da disciplina positiva do instituto, não se pode falar de um só tipo, mas se deve falar de tipos diversos de propriedade, cada um dos quais assume um aspecto característico.” Cada qual desses tipos pode estar sujeito – e por regra está – a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade.

Na mesma esteira, Pinto (2005) declara que inexistente uma única propriedade, mas muitos tipos de propriedades, conforme o objeto a que se refiram, cada qual com seu regime jurídico próprio, definido pelas normas da respectiva atividade. Essas normas operam uma composição prática entre o direito subjetivo de propriedade e a função social.

Segundo o autor,

“não há, portanto, um conteúdo único e imutável do direito de propriedade, mas um regime variável e elástico, conformado pela Constituição, pelo Código Civil e pela legislação especial. A propriedade é caracterizada como uma situação jurídica, que não pode ser descrita exclusivamente como um direito subjetivo, nem como função social. Cada situação é definida por um conjunto de direitos, obrigações e condicionamentos, que dependem do tipo de bem e da legislação que o regula” (PINTO, 2005, p. 208).

Diante disso, fica claro que cada propriedade terá um regime jurídico próprio conforme a natureza do bem que lhe serve de objeto. Nas palavras de Eros Grau (2001, p. 28):

“Hoje em dia, a própria palavra ‘propriedade’ não tem um significado unívoco. [...] A propriedade, por certo, não constitui uma instituição única, mas sim um conjunto de várias instituições distintas, relacionadas a diversos tipos de bens. Assim, sem que nos detenhamos a examinar hipóteses de propriedade distintas da do solo [...] basta observar que o ordenamento jurídico vigente, em que encontramos conteúdos normativos diversos, aplicáveis, exemplificativamente, à propriedade do solo rural, do solo urbano e do subsolo”.

Com a superveniência do Código Civil de 2002, a propriedade, na esfera civilista, permaneceu com a feição individualista, todavia também sobreveio certa dose de relativização.

De fato, o diploma de 2002, a exemplo do anterior, eximiu-se de conceituar a propriedade, limitando-se a explicitar as faculdades do proprietário:

“Art. 1.228 O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

Com efeito, segundo Orlando Gomes (2010), considerada na perspectiva dos poderes do titular, a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. O proprietário tem a faculdade de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e de lhe dar a destinação que lhe aprouver.

Para o jurista (GOMES, 2010), contudo, esta conceituação analítica não satisfaz isoladamente para se ter uma noção suficientemente clara do direito de propriedade. Por isso, afirma que a propriedade também deve ser analisada consoante o critério sintético, segundo o qual se conceitua como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa, e, também, segundo o critério descritivo, pelo qual a propriedade é o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.

Segundo Caio Mário Pereira (2009), a faculdade de usar (*ius utendi*) consiste em colocar a coisa a serviço do titular, sem modificar sua substância. O dono a emprega no seu próprio benefício, ou no de terceiro. Serve-se da coisa. Já a faculdade de gozar (*ius fruendi*) realiza-se essencialmente com a percepção dos frutos, sejam os que da coisa natural advém, assim como os frutos civis; e a faculdade de dispor (*ius abutendi*) é, para o autor, a mais viva expressão dominial, pela maior largueza que espelha, envolvendo tanto a disposição material como a jurídica. Por fim, pela faculdade de reaver a coisa (*rei vindicatio*) o proprietário vai buscar a coisa nas mãos alheias, vai retomá-la do possuidor ou do detentor que a conservem sem causa jurídica.

Convém apontar brevemente, tendo em vista o objetivo deste trabalho, que, com fundamento no art. 1.299 do Código Civil, que trata do direito de construir,

tradicionalmente se concebe o direito de construir como decorrente dessas faculdades inerentes ao propriedade, uma vez que:

“Desde que se reconhece ao proprietário o poder legal de usar, gozar e dispor dos seus bens, reconhecido está o direito de construir, visto que no uso, gozo e disponibilidade da coisa se compreende a faculdade de transformá-la, edificá-la, beneficiá-la, enfim, com todas as obras que lhe favoreçam a utilização ou lhe aumentem o valor econômico” (MEIRELLES, 1990, p. 28).

Feita essa pequena incursão, deve-se anotar que o Código de 2002 também trouxe alguns dispositivos que adicionaram o interesse da coletividade ao regime civilista do direito de propriedade, dando-lhe um novo enfoque.

Segundo Ricardo Pereira Lima (2008, p. 167), a função social da propriedade foi introduzida no Código de 2002, já que, ainda que não seja utilizado o *nomen iuris* função social da propriedade, está desenganadamente insculpida a dita funcionalização no art. 1.228, § 1º, nos seguintes termos:

“Art. 1.228. [...]

“§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Com efeito, nas palavras de Gustavo Tepedino (2006, p. 158), o artigo 1.228, § 1º, absorveu o aspecto funcional da propriedade como elemento interno do domínio, e não como mera restrição exógena. Segundo o autor, até pouco tempo atrás os juristas entendiam que a função social da propriedade era uma questão filosófica, política ou teológica, sem repercussão prática no direito positivo.

Todavia, hoje, depois de a função social da propriedade ter-se inserido na Constituição da República de forma tão incisiva e, em particular, no Código Civil de 2002, inegável a importância desse conceito para a compreensão do próprio conteúdo do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PRÍNCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA**

Como já se fez alusão neste trabalho, a Constituição Federal de 1988 inovou ao dar especial relevo ao princípio da função social da propriedade, inserindo-o tanto no artigo referente aos direitos e garantias individuais e coletivos quanto entre os princípios da ordem econômica. Mas não foi apenas isso.

Como resultado do trabalho vigoroso de fortes movimentos sociais, como o Movimento Nacional pela Reforma Urbana, o texto Constitucional previu, de forma absolutamente inovadora, um capítulo exclusivamente dedicado à Política Urbana, no qual conferiu especial relevância ao princípio da função social da propriedade urbana. Nesse capítulo, a Constituição atrelou o conteúdo da função social da propriedade urbana ao planejamento urbano, especialmente ao Plano Diretor, que passou a ser consagrado como o principal instrumento da política urbana.

A par disso, em 2001 foi finalmente promulgada a Lei n. 10.257, autodenominada Estatuto da Cidade, que regulamentou o citado capítulo constitucional e instituiu uma série de mecanismos jurídicos para concretizar o princípio da função social da propriedade urbana.

Diante disso, em consonância com os objetivos deste trabalho, indispensável abordar a função social da propriedade urbana na Constituição de 1988, e, em seguida, o Estatuto da Cidade, para que, por fim, sejam trazidas algumas questões importantes a respeito do planejamento urbanístico e, mais especificamente, do Plano Diretor, que merecem ser abordadas na medida em que o planejamento urbanístico possui papel preponderante, atualmente, na definição concreta da função social da propriedade urbana.

### **2.1. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, Edésio Fernandes (1998) aponta que a demanda fundamental a ser considerada, no que se referia ao direito de propriedade e ao direito urbanístico, era tornar explícito o reconhecimento da noção de

propriedade social. Esperava-se que o Congresso definisse esta noção de tal modo que ela se impusesse como um novo paradigma e substituísse aquele estabelecido pelo Código Civil<sup>14</sup>.

Esta reivindicação foi encaminhada de várias maneiras, porém, segundo o autor, a mais importante foi a “Emenda popular sobre reforma urbana”, formulada por diversas organizações da sociedade civil, assinada por centenas de milhares de pessoas e apresentada aos deputados constituintes (FERNANDES, 1998).

A aprovação da emenda popular, ainda que apenas parcialmente, no texto final da Constituição, foi um incontestável avanço histórico, fruto de um trabalho vigoroso de entidades ligadas ao Movimento Nacional pela Reforma Urbana – trabalho esse iniciado nos anos 60, retomado nos anos 80 e intensificado no final daquela década com os trabalhos parlamentares para a elaboração da Constituição<sup>15</sup> (MATTOS, 2003).

Assim, introduziu-se no texto constitucional, pela primeira vez na histórica do constitucionalismo pátrio, um capítulo inteiramente dedicado à Política Urbana: o Capítulo II, do Título VII, que abrangeu os artigos 182 e 183.

Nesse capítulo, submete-se a propriedade urbana ao processo urbanístico, na medida em que se condiciona a verificação do cumprimento de sua função social ao atendimento das exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor:

## “CAPÍTULO II

### DA POLÍTICA URBANA

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1.º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

---

<sup>14</sup> “Em 1987, quando a Assembleia Constituinte iniciou seus trabalhos, havia no Brasil um conjunto de fatores que convergiam para que a política urbana viesse a ser objeto de atenção: uma política pública e uma burocracia estatal em funcionamento e prestigiada, uma sensibilidade social para a problemática urbana; uma proposta de institucionalização do direito urbanístico em tramitação no Congresso Nacional; um conjunto de organizações civis mobilizadas para alterar as políticas públicas” (PINTO, 2005, p. 128).

<sup>15</sup> “Depois de sofrerem uma experiência legislativa mal-sucedida em razão do não andamento do Projeto n. 775/83 – que visava à aprovação da lei federal de desenvolvimento urbano –, diversos segmentos sociais envolveram-se na negociação da emenda popular pela reforma urbana, num processo de mobilização junto à Assembleia Nacional Constituinte de 1988, de que resultou o capítulo II, título VII, da Constituição da República, que trata justamente da Política Urbana” (MATTOS, 2003, p. 59).

§ 2.º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

Diante de tal determinação constitucional, dois aspectos da matéria merecem relevo.

Primeiramente, percebe-se que, com a inserção de um capítulo dedicado à política urbana pela Constituição de 1988, não há mais dúvidas de que o urbanismo consiste em verdadeira função pública, pressupondo finalidades coletivas e atuação positiva do Poder Público na ordenação do território das cidades, a ser realizado por meio da atividade urbanística, que consiste na ação estatal “destinada a realizar os fins do urbanismo, ação destinada a aplicar os princípios do urbanismo” (SILVA, 2010, p. 31).

O urbanismo, na famosa definição exposta na Carta de Atenas, documento elaborado no Congresso Internacional de Arquitetura Moderna de 1933, em Atenas, que sintetizou os princípios do urbanismo moderno e teve importância fundamental para o planejamento urbano das décadas seguintes<sup>16</sup>, consiste na:

“ordenação dos lugares e dos locais diversos que devem abrigar o desenvolvimento da vida material, sentimental e espiritual em todas as suas manifestações, individuais ou coletivas. O urbanismo já não pode estar submetido exclusivamente às regras do esteticismo gratuito. É, por sua essência mesma, de ordem funcional. As três funções fundamentais para cuja realização deve velar o urbanismo são: 1) habitar; 2) trabalhar; 3) recrear-se. Seus objetos são: a) a ocupação do solo; b) a organização da circulação; c) a legislação” (LE CORBUSIER *apud* SILVA, 2010, p. 30).

Na definição de Helly Lopes Meirelles (2009, p. 522), que se tornou clássica, o urbanismo consiste “no conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”. No mesmo sentido, para José Afonso da Silva (2010, p. 31) “o urbanismo objetiva a organização dos espaços habitáveis visando à realização da qualidade de vida humana”<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Ainda que diversas críticas tenham sido feitas ao modelo de desenvolvimento urbano consagrado na Carta de Atenas, que representava os anseios do urbanismo moderno, não há negar sua enorme importância na matéria.

<sup>17</sup> José Afonso da Silva observa (2010, p. 30) que, apesar de o urbanismo ter sido inicialmente concebido como arte de embelezar a cidade, esse conceito evolui no sentido social, de forma que, já na década de 30, com o urbanismo moderno, assentou-se que cumpria ao urbanismo, muito mais do que embelezar a cidade, ordená-la com vistas ao bem-estar coletivo.

O direito urbanístico é, por sua vez, como afirma Sundfeld (2010, p. 46), o direito de uma “função pública” chamada urbanismo:

“[...] é um reflexo, no mundo jurídico, dos desafios e problemas derivados da urbanização moderna (concentração populacional, escassez de espaço, poluição) e das ideias da ciência do urbanismo (como a de plano urbanístico, consagrada a partir da década de 30). Estes foram os fatores responsáveis pelo paulatino surgimento de soluções e mecanismos que, frente ao direito civil e ao direito administrativo da época, soaram impertinentes ou originais e que acabaram se aglutinando em torno da expressão ‘direito urbanístico’. Esse direito contrapôs-se ao direito civil clássico ao deslocar do âmbito puramente individual para o estatal as decisões básicas quanto ao destino das propriedades urbanas (princípio da função social da propriedade).”

Com efeito, também José Afonso da Silva (2010) e Eros Grau (2001) reconhecem que hoje a atividade urbanística constitui função pública, mediante a qual o Poder Público intervém na propriedade privada e na vida econômica e social das aglomerações urbanas com o objetivo de ordenar os espaços habitáveis.

Destarte, a Constituição atribui ao Estado não apenas a opção, mas o dever de realizar o urbanismo, de modo a ordenar a cidade com vistas ao desenvolvimento de suas funções sociais, por meio da Política Urbana. A atuação urbanística estatal passou, portanto, a ser obrigatória.

Essa atuação, por outro lado, é informada principalmente pelo princípio da função social da propriedade urbana, cuja importância sobreleva qualquer outro.

Nesse sentido, o texto constitucional determinou que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (ar. 182, § 2º) e que “o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, § 1º).

Diante disso, outro aspecto do texto constitucional que merece especial relevo consiste no fato de que a função social da propriedade urbana teve o seu conteúdo atrelado às exigências do plano diretor da cidade, consagrado como o principal instrumento para realização da política urbana. Submetendo a função social da propriedade urbana ao planejamento urbanístico, o texto constitucional determinou a conciliação da propriedade urbana com o interesse maior do desenvolvimento urbano sustentável das cidades.

Convém anotar, como cita Victor Carvalho Pinto (2005, p. 129), que a vinculação do direito de propriedade aos planos urbanísticos teve origem em proposta do Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano, que merece ter um trecho transcrito:

“Verifica-se, assim, que já não se pode falar em um direito de propriedade abstrato, de caráter pleno e absoluto. Já não temos uma propriedade, mas, sim,, propriedades: propriedade agrária, propriedade imobiliária, propriedade intelectual, propriedade industrial. Temos que conceber agora a propriedade urbanística. O que caracteriza a nova propriedade é uma perspectiva inteiramente diferente. É a da descoberta de que o contexto em que ela se acha inserida é muito mais amplo do que o interesse privado de seu titular. O interesse público do conjunto prevalece ou deve prevalecer sobre o interesse privado. E o que colocou em relevo esta ideia de conjunto foi o plano urbanístico. A propriedade privada tornou-se apenas uma parcela de uma área muito maior que é a zona ou setor em que ela se encontra. Assim, não há um conceito abstrato e igualitário da propriedade urbana, porque o plano urbanístico caracteriza, em cada parcela do terreno, um tipo específico de utilização e determina ainda outras restrições especiais. Hoje, a tutela fundamental do direito deve voltar-se para o todo e não para a parte.”

Cite-se, entretanto, a opinião de Liana Pontilhos Mattos (2003, p. 106), para quem não uma conquista, mas uma derrota estratégica para os movimentos de reforma urbana foi a remissão da definição da função social da propriedade urbana para o conteúdo dos planos diretores. Isso porque, segundo a autora, apostou-se no baixo grau de materialização que atingiriam tais planos e, ademais, como resultado de tal remissão, predominaram as discussões legalistas e tecnicistas sobre a política urbana:

“Com isso, debates mais importantes e que necessariamente antecederiam os relacionados com a questão do plano diretor – como o do próprio conteúdo e da efetividade da função social da propriedade – foram relegados a segundo plano.”

Nesse mesmo sentido, Marcelo Lopes de Souza, citado pela autora (2003, p. 105-106), afirma que:

“Com a transferência das responsabilidades para os planos diretores municipais e o esvaziamento de uma amarração da reforma urbana em nível nacional, o que ocorreu foi, mais que um simples revés tático, uma importante derrota estratégica. (...) A importância de planos e garantias formais foi exagerada, em detrimento de uma análise social mais ampla”.



Na opinião de Edésio Fernandes (1998), contudo, pela primeira vez a Constituição deu um passo no sentido de dar um significado à ideia de função social: em vez de optar por afirmações retóricas vagas, como nas cartas constitucionais anteriores, identificou o princípio da função social com o conteúdo do Plano Diretor.

Segundo o autor, citado por Mattos (2003), a Constituição inaugurou um novo marco em relação à propriedade imobiliária urbana, rompendo em definitivo com a tradição civilista, uma vez que condicionou o reconhecimento do direito à propriedade ao cumprimento de uma função social que, sob a sua ótica, foi definida de maneira muito mais contundente.

Assim é que, se o conceito de função social da propriedade urbana ficou em aberto na Constituição, deixou-se o seu preenchimento de acordo com as peculiaridades de cada localidade urbana, que terá o seu planejamento urbanístico (MATTOS, 2003).

Por conseguinte, conforme abordado no capítulo anterior<sup>18</sup>, considerando que a função social da propriedade integra o conceito mesmo do direito de propriedade e reformula a sua estrutura, o próprio direito de propriedade urbana passou a ficar condicionado ao planejamento urbanístico da cidade.

Assim, o direito de propriedade privada de um imóvel urbano passou a ser reconhecido segundo as regras locais que definem as possibilidades de seu uso e desenvolvimento, de maneira que, ainda que haja polêmica sobre se a fórmula adotada pela Constituição tenha contribuído mais ou menos para uma discussão mais ampla sobre a função social da propriedade imobiliária, é certo que a propriedade urbana ganhou destaque e passou a ficar efetivamente condicionada às normas de direito urbanístico.

No que concerne ao direito de construir, com os planos urbanísticos os tipos de utilização do terreno, nomeadamente para fins de construção, deixaram de estar dependentes de sua qualidade natural ou de sua localização territorial, bem como da vontade do proprietário, para serem uma consequência do plano (GAIO, 2000).

Nesse sentido, por ser a função social da propriedade urbana submetida ao que dispõe o Plano Diretor, passou a caber às normas deste estabelecer os limites, as faculdades, as obrigações e as atividades que devem ser cumpridas pelos particulares referentes ao direito de propriedade urbana (SAULE JUNIOR, 1998). Como aponta Mattos (2003, p. 43), a legislação urbanística passa a definir os contornos, os limites do exercício do direito de propriedade, enfim,

---

<sup>18</sup> Vide item 1.2.

o seu reconhecimento. É da legislação urbanística que decorrem, pois, não somente os deveres, mas também os direitos do proprietário fundiário urbano.

Diante disso, entende-se que, segundo a Constituição de 1988, a propriedade urbana está subordinada à função pública do urbanismo, uma vez que passou a ser determinada pelos planos urbanísticos, especialmente pelo Plano Diretor.

É nesse sentido que José Afonso da Silva (2010) afirma que a Constituição acolheu a doutrina de que a propriedade urbana é um típico conceito de Direito Urbanístico, na medida em que a este cabe qualificar os bens urbanísticos e definir o seu regime jurídico. Em outras palavras, o autor afirma que, com o capítulo sobre a Política Urbana, o texto constitucional fundamentou a doutrina segundo a qual a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir a sua função social específica.

Como continua a esclarecer o autor (SILVA, 2010, p. 77-78),

“é o direito urbanístico que determina os princípios que dominam o regime jurídico da propriedade urbana, pois, como visto, o direito de propriedade está submetido à função pública do urbanismo. E porque essa função opera por meio de procedimentos normativos (planos, projetos, programas etc.) é que se concebe o direito de propriedade urbana como um direito planificado (e também propriedade-procedimento), porque predeterminado por planos urbanísticos”.

Segundo Sundfeld (2010), daí a tendência de identificar um novo tipo de propriedade, a propriedade urbanística, afetada por essa transformação, e já muito distante da noção civilista clássica, em que a propriedade era tida como simples direito individual.

Assim, como a função social da propriedade urbana depende do que dispõe o plano diretor de cada cidade, que é o principal instrumento para realização da Política Urbana, verifica-se que ela está atrelada diretamente a esta, a qual tem por objetivo, segundo a norma constitucional (art. 182, *caput*), “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

A função social da propriedade urbana, dessa forma, tem o condão de atender aos interesses do urbanismo, que se corporificam nas quatro funções que envolvem a vida humana dentro das cidades: habitar, trabalhar, recrear-se e circular, que, em suma, são os sustentáculos de um mais apurado bem-estar social (CARNEIRO, 1998).

Com relação às funções sociais da cidade, convém colacionar, novamente, parte do texto da já citada Carta de Atenas, que elencou, em seu item 77, as funções sociais da cidade<sup>19</sup>:

“O urbanismo tem quatro funções principais, que são: primeiramente, assegurar aos homens moradias saudáveis, isto é, locais onde o espaço, o ar puro e o sol, essas três, condições essenciais da natureza, lhe sejam largamente asseguradas; em segundo lugar, organizar os locais de trabalho, de tal modo que, ao invés de serem uma sujeição penosa, eles retomem seu caráter de atividade humana natural; em terceiro lugar, prever as instalações necessárias à boa utilização das horas livres, tornando-as benéficas e fecundas; em quarto lugar, estabelecer o contato entre as diversas organizações mediante uma rede circulatória que assegure as trocas, respeitando as prerrogativas de cada uma. Essas quatro funções, que são as quatro chaves do urbanismo, cobrem um domínio imenso, sendo o urbanismo a consequência de uma maneira de pensar levada à vida pública por uma técnica de ação”.

Nesse mesmo sentido, Odete Medauar (2004) frisa que nas funções sociais da cidade se entrevê a cidade como *locus* não somente geográfico e de mera reunião de pessoas, mas como o espaço destinado à habitação, ao trabalho, à circulação, à integração entre os seres humanos, ao crescimento educacional e cultural. Também Sundfeld (2010) afirma que a cidade, como espaço onde a vida moderna se desenrola, tem entre suas funções sociais fornecer às pessoas moradia, trabalho, saúde, educação, cultura, lazer, transporte etc.

Para Nelson Saule Junior (1998), o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade implica no pleno exercício do direito à cidade, a partir da observância das diretrizes norteadoras do desenvolvimento urbano. O autor observa que as funções sociais da cidade são, na verdade, interesses difusos, pois não há como identificar os sujeitos afetados pelas atividades e funções nas cidades. Os proprietários, moradores, trabalhadores, comerciantes, migrantes têm como contingência habitar e usar um mesmo espaço territorial; a relação que se estabelece entre os sujeitos é a cidade, que é um bem de vida difuso.

Nesse sentido, o autor arremata que

---

<sup>19</sup> Com efeito, convém ressaltar novamente que a Carta de Atenas, resultado do Congresso Internacional de Arquitetura Moderna de 1933, representava os princípios do Urbanismo Moderno. Tratou-se do modelo que influenciou a cidade moderna, planejada, com funções delimitadas em seu espaço físico-territorial. Atualmente, diante das alterações que as novas tecnologias ocasionaram no espaço urbano, a questão sobre as funções sociais da cidade ampliou-se. Com efeito, em 2003 foi proposta uma Nova Carta de Atenas pelo Conselho Europeu de Urbanistas, que elencou não apenas quatro, mas dez funções sociais da cidade, entre as quais a cidade cultural, a cidade contínua, a cidade produtiva, entre outras.

“as funções sociais da cidade, como interesses difusos, devem compreender o acesso de todos os que vivem na cidade à moradia, aos equipamentos e serviços urbanos, transporte público, saneamento básico, saúde, educação, cultura, esporte, lazer, enfim aos direitos urbanos que são inerentes às condições de vida na cidade.” (SAULE JUNIOR, 1998, p. 51).

Diante de todo o exposto, tem-se, em apertada síntese, que, com a Constituição de 1988, a função social da propriedade urbana passou a estar atrelada ao conteúdo do plano diretor, que foi considerado o principal instrumento da Política Urbana, a qual tem como fito realizar as funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

## 2.2. O ESTATUTO DA CIDADE

A lei n. 10.257, autodenominada Estatuto da Cidade, foi finalmente promulgada, após mais de uma década de tramitação<sup>20</sup>, em 10 de julho de 2001, com o objetivo de, segundo consta do preâmbulo da própria lei, regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, que tratam da Política Urbana.

Como aponta Sundfeld (2010), em que pese a Constituição ter positivado o paradigma do direito urbanístico – ficou delineado com alguma clareza o campo temático do direito urbanístico, seus conceitos se fixaram e difundiram, como a função social da propriedade urbana e o planejamento urbanístico, etc. –, diversos impasses ainda travavam a passagem do direito urbanístico brasileiro para a vida adulta mesmo após a promulgação da constituição.

Com efeito, faltava a regulamentação reclamada pela própria Constituição para a eficácia de alguns de seus novos instrumentos urbanística, como o IPTU progressivo<sup>21</sup>, e faltavam normas nacionais que consagassem alguns instrumentos importantes à completa

---

<sup>20</sup> Mariana Moreira (2010, p. 27), ao abordar a história do Estatuto da Cidade, anota que o Estatuto da Cidade, em sua primeira versão, de 1983, foi amplamente reproduzido nos substitutivos que se seguiram. Segundo a autora, a base de sua aplicabilidade estava na criação de novos instrumentos jurídicos que permitissem a atuação pública quando no exercício da atividade urbanística, no que foi seguido pelos projetos subsequentes. A autora destaca, ainda, que o projeto de 1990, mais afeto aos novos dispositivos constitucionais, aprimorou os antecessores, trazendo à lei a necessária participação popular na elaboração dos planos urbanísticos e enfatizando o papel do planejamento urbano sob a forma de planos diretores municipais. A versão final, por sua vez, contemplou diversos pleitos que partiram de todos os segmentos da sociedade que foram chamados a participar.

<sup>21</sup> Segundo notícia Mattos (2003, p. 77), apesar de que o parcelamento, edificação e utilização compulsória; o IPTU progressivo e a desapropriação com pagamento de títulos já estavam previstos no ordenamento jurídico pátrio desde a Constituição de 1988 (art. 182, I, § 4º, II, § 4º e III, § 4º), o entendimento predominante nas decisões dos tribunais era o de que esses dispositivos constitucionais eram inaplicáveis, por carecerem de regulamentação específica, por lei federal.

operacionalidade do direito urbanístico, ainda ausentes em nosso ordenamento, e, também, que afastassem certas construções da legislação tradicional, efetiva ou aparentemente incompatíveis com as novas soluções de direito urbanístico, tanto no direito civil como no direito administrativo<sup>22</sup> (SUNDFELD, 2010).

Nesse contexto é que surgiu o Estatuto da Cidade, com a pretensão de consolidar o direito urbanístico brasileiro (fixando conceitos e regulamentando instrumentos), de lhe conferir articulação interna e externa e, desse modo, viabilizar sua operação sistemática (SUNDFELD, 2010).

A importância da promulgação da lei para a efetividade do direito urbanístico foi, portanto, inegável. Para Dallari e Sergio Ferraz (2010, p. 19),

“o estatuto da Cidade é, sem dúvida, uma das mais importantes e inovadoras leis das que recentemente entraram em vigor no país [...] Partindo da matriz constitucional, regradora da política urbana, o Estatuto da Cidade assume, como pilar de sua normatividade, uma corajosa redefinição da função social da propriedade, outorgando-lhe contornos firmes e consistentes. Não faltará quem os ache até audaciosos”.

As normas do Estatuto da Cidade, conforme disposto no art. 1º, parágrafo único<sup>23</sup>, são de ordem pública e interesse social. Segundo Odete Medauar (2004, p. 24), isso significa, em síntese, que não podem ser derogadas pela vontade dos particulares – são imperativas, cogentes – e, no que se refere à expressão “de interesse social”, que são relevantes para toda a sociedade. Com efeito, a autora observa que pode parecer redundante a afirmação, na medida em que se tratam de normas urbanísticas que, inseridas no âmbito do Direito Público, configuram logicamente preceitos de ordem pública, no entanto,

“o legislador talvez quisesse ressaltar e tornar clara uma nova conformação de direitos e de figuras jurídicas classicamente vislumbradas sob o ângulo privado”.

---

<sup>22</sup> O autor menciona expressamente o caso da “vinculação radical que o Código Civil estabeleceu entre propriedade do solo e direito de construir, supostamente inviabilizando as transações envolvendo apenas este último” (2010, p. 52).

<sup>23</sup> Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os art.s 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

Ademais, segundo o citado artigo, as normas do Estatuto visam a regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos e, também, do equilíbrio ambiental. Mediante instrumentos de indução de condutas, a propriedade urbana deve contemplar fundamentalmente o direito à moradia, com adequado uso e ocupação do solo urbano, ante as funções que a cidade deve proporcionar.

Nesse sentido é que o Estatuto da cidade veio a possibilitar a concretização da função social da propriedade urbana, especialmente mediante a fixação de diretrizes gerais de política urbana e novos instrumentos para efetuar-las. Como anota Mattos (2003, p. 75), a “nova configuração do regime jurídico da propriedade é dada, no Estatuto da Cidade, sobretudo pelas normas contidas nas diretrizes gerais e nos instrumentos da política urbana”.

É dessa forma que o Estatuto da Cidade estabelece, em seu art. 2º, em consonância com o previsto no art. 21, XX, da Constituição – o qual determina que compete à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos –, as diretrizes gerais da política urbana.

Segundo Mattos (2003), o Estatuto da Cidade trouxe um plexo variado e extenso de normas que auxiliam enormemente o aplicador da lei e os gestores públicos a determinarem, a concretizarem o conceito de função social da propriedade urbana e, embora se possa afirmar que tais elementos direcionadores estão dispostos ao longo de todo o Estatuto, o eixo central encontra-se nas diretrizes gerais contidas nos dezesseis incisos do art. 2º.

De fato, para a autora (MATTOS, 2003), a enumeração de inúmeras diretrizes gerais foi a mais importante contribuição do Estatuto, pois veio a possibilitar a concretização da função social da propriedade de maneira muito mais segura e consistente, na medida em que tornou ainda mais insubsistentes os argumentos que negam a aplicação do princípio com base no seu “alto grau” de abstração.

Na visão de Medauar (2004), os dezesseis incisos que contêm as diretrizes da política urbana denotam uma percepção contemporânea e adequada do urbanismo e do direito urbanístico, associada a modos renovados de atuação da Administração Pública.

Tratando-se de inúmeras diretrizes estabelecidas, insta ressaltar apenas a que tem especial relevância para o presente trabalho, na medida em que fundamenta, em parte, a tese da separação do direito de construir do direito de propriedade mais adiante explanada: a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização (2º, IX).

Odete Medauar (2004, p. 34) afirma que esta diretriz visa a impedir que alguns obtenham vantagens, e outros, prejuízos, em virtude de processos de urbanização. Já Pinto (2005, p. 298), de forma mais detalhada, sustenta que

“Este princípio jurídico guarda uma relação direta com o conceito econômico de externalidades. Em termos econômicos, ele poderia ser considerado uma aplicação do ‘princípio da internalização dos custos e benefícios’. As transformações urbanas devem ser financiadas, na medida do possível, pelos seus beneficiários diretos e não pelo conjunto dos cidadãos ou por uns poucos prejudicados. As obras públicas valorizam os terrenos privados tanto quanto as benfeitorias que neles forem edificadas. Permitir que essa valorização seja apropriada livremente constituiria um verdadeiro enriquecimento sem causa. A recíproca também é verdadeira. Impor sobre alguns poucos proprietários o ônus de preservar suas edificações intactas ou seus terrenos inedificáveis em benefício de um patrimônio paisagístico ou ambiental que beneficia todos é igualmente injusto”.

Além da fixação das diretrizes gerais da política urbana, o Estatuto da Cidade sistematizou, em seu Capítulo II, diversos instrumentos urbanísticos para a realização da política urbana, alguns que já eram praticados ou conhecidos pela doutrina e outros de forma inovadora.

Realmente, a tônica da edição do Estatuto da Cidade era, após o êxito na consagração constitucional do direito urbanístico, fortalecer a política urbana por meio da introdução no ordenamento jurídico brasileiro de instrumentos que viabilizassem a atuação urbanística do Poder Público, com vistas a ordenar a cidade para a realização de suas funções sociais.

Para Dallari e Sergio Ferraz (2010), a grande novidade trazida pelo Estatuto da Cidade foi justamente a criação de instrumentos que possibilitassem uma intervenção mais concreta e efetiva do poder público na questão urbana.

Como ensina Dallari (2010), tratava-se de instrumentalizar a atuação do Poder Público em matéria urbanística, quer dizer, institucionalizar um conjunto de meios e instrumentos vocacionados exclusivamente para a intervenção urbanística, de forma a possibilitar ao Poder Público uma atuação vigorosa e concreta nesse setor.

Segundo o autor, quando a lei se refere a instrumentos de política urbana ela pretende identificar meios e instrumentos, de diferentes espécies, por meio dos quais o governo municipal deve implementar suas decisões, suas opções quanto a objetivos que devam ser

atingidos para assegurar a melhor qualidade de vida de sua população e as prioridades que, em seu entender, devam ser observadas (DALLARI, 2010).

Para Almeida (2004) a expressão instrumentos é empregada pela lei em sentido muito amplo, que engloba elementos muito diversos e dificilmente comparáveis entre si:

“uns mais amplos (por exemplo, plano nacional de desenvolvimento econômico e social), outros mais restritos (por exemplo, tombamento); uns envolvendo conceitos jurídicos abstratos (por exemplo, limitações administrativas), outros envolvendo elementos de fato (por exemplo, gestão orçamentária participativa); uns enunciados como objeto em si (por exemplo, desapropriação e plano plurianual), outros enunciados como uma ação que se refere ao objeto (por exemplo, instituição de unidades de conservação)” (ALMEIDA, 2004, p. 41).

O autor destaca que tais institutos foram sistematizados com o intuito, também, de oferecer ao aplicador da Lei, especialmente o administrador municipal, uma síntese de todos os instrumentos que dispõe para a execução da política urbana (2004). Nesse mesmo é o posicionamento de Mattos (2003), para quem também se tratou de municimar os municípios brasileiros de instrumentos urbanísticos para a gestão das cidades.

A utilização de tais instrumentos urbanísticos na realização da Política Urbana, no entanto, deve se dar na esteira da noção de “gestão democrática da cidade”, que perpetra toda a ideia de planejamento urbanístico concebida no Estatuto da Cidade. Na afirmação de Marina Paula Dallari Bucci (2010, p. 335), a gestão democrática “é a chave de abóboda dos novos instrumentos de direito urbanístico ou, mais precisamente, da política urbana”.

“A plena realização da gestão democrática é, na verdade, a única garantia de que os instrumentos da política urbana introduzidos, regulamentados ou sistematizados pelo Estatuto da Cidade não serão ferramentas a serviço de concepções tecnocráticas, mas, ao contrário, verdadeiros instrumentos de promoção do direito à cidade para todos [...]” (BUCCI, 2010, p. 337).

Veja-se que o Estatuto elenca a gestão democrática da política urbana entre as suas diretrizes gerais (art. 2º II), com a qual prevê “a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”. Todavia, mais do que isso, o Estatuto dedica à gestão democrática o Capítulo IV, pelo qual elege para a cidade a forma democrática como *praxis* obrigatória, prevendo canais institucionais de diálogo entre o



poder público e a comunidade, indo ao encontro das normas estabelecidas pela Constituição de 1988 (MATTOS, 2003).

Segundo Bucci (2010, p. 136), a própria situação topológica do capítulo – o antepenúltimo do Estatuto, antecedendo apenas as “Disposições Gerais” –, além de seu conteúdo, indicam seu caráter de norma de processo político administrativo, que

“informa o modo concreto de formulação da política urbana e da incidência dos dispositivos aqui tratados nos capítulos anteriores, para o que se exige sempre a necessária participação popular.”

É nesse sentido a afirmação de Renato Cymbalista, citado por Bucci (2010, p. 339-340):

“É fundamental que a prefeitura envolva ativamente os diferentes setores da sociedade nos debates dos instrumentos e do plano diretor. Apenas dessa maneira poderá ficar claro para todos que em alguns casos é preciso que uma minoria abra mão dos seus privilégios para que sejam garantidos os recursos territoriais e materiais que permitirão um crescimento mais equilibrado da cidade.”

Por outro lado, ademais de se caracterizar como norma do processo político administrativo, a ideia de gestão democrática da cidade está intimamente ligada ao direito à cidade<sup>24</sup>, entendido como “direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer”, como enuncia a primeira diretriz do Estatuto (art. 2º, I).

Assim, frente à constatação do descompasso entre os conceitos jurídicos empregados pelo direito urbanístico nas áreas nobres das cidades e o abandono das áreas onde vivem as populações carentes, a autora afirma que a gestão democrática remete a um novo pacto territorial, em que o Direito não se distancie da Justiça, mas garanta que a cidade seja um espaço de convivência de todos os seus habitantes, onde cada um possa desenvolver plenamente suas potencialidades (BUCCI, 2010).

Diante do exposto, conclui-se neste item que o Estatuto da Cidade, como lei que veio regulamentar o Capítulo da Constituição que trata da política urbana, trouxe novos e

---

<sup>24</sup> O direito à cidade já foi reconhecido na esfera do direito internacional, pela Conferência Habitat-II (Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos), realizada em Instambul em 1996, na qual se deu especial atenção ao direito a moradia e ao meio ambiente.

importantes elementos que podem contribuir para a realização de um planejamento urbanístico mais ativo e democrático e que, acima de tudo, possua os meios jurídicos e políticos dos quais necessita para levar à concretização do princípio da função social da propriedade urbana.

### 2.3. O PLANEJAMENTO URBANÍSTICO E O PLANO DIRETOR

Diante da importância que o planejamento urbanístico assumiu, com a Constituição de 1988, na determinação do exato conteúdo da função social do direito de propriedade urbana – ao ponto de José Afonso da Silva (2010), por exemplo, afirmar que, hoje, a propriedade urbana é uma propriedade planificada, ou propriedade-procedimento – deve-se tecer, por fim, algumas observações a respeito do tema e, mais especificamente, acerca do Plano Diretor.

Ao desenvolver sua ação urbanística, o Poder Público deve observar o princípio instrumental do planejamento, elencado como diretriz geral da Política Urbana pelo Estatuto da Cidade (art. 2º, IV), o qual consiste em um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos – noção que se aplica ao planejamento em geral e também ao planejamento urbanístico (SILVA, 2010). Veja-se que o planejamento é, assim, mais do que dependente da vontade dos governantes, uma previsão legal que ocasiona uma imposição jurídica ao Poder Público.

Isso porque a atuação do poder público não pode ser um amontoado de intervenções sem rumo, mas deve ter uma direção global nítida:

“O ordenamento urbanístico não pode ser um aglomerado inorgânico de imposições. Ele deve possuir um sentido geral, basear-se em propósitos claros, que orientarão todas as disposições. Desse modo, o ordenamento urbanístico deve surgir como resultado de um planejamento prévio” (SUNDFELD, 2010, p. 56).

Parte-se da ideia de que, sem política urbana, sem planejamento urbanístico, o crescimento urbano é desordenado e distorcido; o planejamento, nesse sentido, serve para implantar a “ordem” que permita o pleno desenvolvimento de todas as funções sociais da cidade e da propriedade urbana (SUNDFELD, 2010).

O planejamento urbanístico, por sua vez, se instrumentaliza por meio de planos urbanísticos. Eles são, pois, os instrumentos formais que consubstanciam e materializam as determinações e os objetivos do planejamento (SILVA, 2010).

No âmbito Municipal, a Constituição de 1988 previu, em seu art. 182, de forma inovadora no constitucionalismo pátrio, o Plano Diretor como o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão do Município. Foi dado lugar de destaque, assim, à planificação urbana, em geral, e ao Plano Diretor, em especial, na medida em que elevados à categoria de instrumentos jurídicos indispensáveis à adoção das políticas urbanas.

Note-se que, anteriormente à Constituição de 1988, cada Município tinha autonomia para adotar os instrumentos de planejamento que julgasse pertinentes e para nomeá-los segundo sua conveniência, de modo que era prática, em diversos Municípios, a edição de “planos diretores”<sup>25</sup>. Todavia, como observa Pinto (2005), tais planos eram usualmente concebidos como documentos genéricos e não operacionais, destinados a orientar a elaboração de instrumentos operacionais, como o zoneamento.

Assim, quando a Constituição previu a elaboração do Plano Diretor, a expressão poderia ser associada a uma série de experiências passadas; o Plano Diretor de que falavam os Constituintes, no entanto, é distinto. O modelo adotado pela Constituição é o do plano exclusivamente urbanístico<sup>26</sup>, quer dizer, o que leva em conta os aspectos social e econômico em sua elaboração, mas não se destina a tratar de políticas setoriais ou de desenvolvimento econômico – e autoaplicável, contendo mapas e tabelas que estabelecem o zoneamento e os índices urbanísticos de parcelamento, uso e ocupação do solo (PINTO, 2005).

No que concerne à legislação infraconstitucional, foi o Estatuto da Cidade que veio a tratar do Plano Diretor, reafirmando a sua condição de instrumento básico para a promoção da política urbana. Primeiramente, o Estatuto previu o planejamento urbano como uma de suas diretrizes gerais; mais a frente, porém, dedicou ao Plano Diretor um capítulo:

### “CAPÍTULO III DO PLANO DIRETOR

<sup>25</sup> “A expressão ‘plano diretor’ é utilizada no Brasil, ao lado de outras semelhantes, desde a década de 30” (PINTO, 2005, p. 118).

<sup>26</sup> Como observa Pinto (2005, p. 122), era comum a edição de planos que buscavam integrar não só o aspecto urbanístico, mas as dimensões administrativas, de políticas sociais e de desenvolvimento econômico, acompanhado de recomendações a serem posteriormente aplicadas. No aspecto urbanístico, a maioria deles não tinha qualquer operacionalidade, limitando-se a determinar a elaboração posterior de um plano de desenvolvimento urbano.

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 1º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

§ 2º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

§ 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.”

Da leitura de tais dispositivos, infere-se que foi reafirmado o status dado ao Plano Diretor pela Constituição, de instrumento básico da política urbana, responsável, portanto, pela edição de normas que disponham sobre os limites, as faculdades e as obrigações do proprietário no que toca ao exercício do direito de propriedade (MATTOS, 2003).

Com efeito, uma das principais tarefas do Plano Diretor é conformar o direito de propriedade urbana, estabelecendo os limites, as faculdades, as obrigações e as atividades que devem ser cumpridas pelos particulares referentes ao direito de propriedade urbana (JUNIOR, 1998).

A elaboração do Plano Diretor se dá tanto por meio da atuação do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo, permeada pela participação popular. O primeiro é responsável, dentro de um processo que garanta a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade – conforme determinação expressa do art. 40, § 4º, I, do Estatuto da Cidade, pela elaboração do projeto de lei, que é, então, submetido à aprovação do Poder Legislativo. O plano diretor deve, portanto, ser aprovado por lei.

O conteúdo mínimo do plano diretor, por sua vez, foi determinado pelo art. 42 do Estatuto da Cidade, que arrola os assuntos sem os quais uma planificação não pode ser juridicamente considerada um plano diretor, muito embora seja possível afirmar que não existe

matéria pertinente ao planejamento urbano que tenha sido excluída do âmbito de abrangência do Plano Diretor (CÂMARA, 2010).

O primeiro aspecto a ser necessariamente abordado pelo Plano Diretor é a delimitação da área em que pode ser aplicado o parcelamento, edificação e utilização compulsórios; já um segundo tema que deve estar previsto no Plano Diretor refere-se a alguns instrumentos urbanísticos previstos pelo Estatuto da Cidade, quais sejam, o direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir, as operações urbanas consorciadas e a transferência do direito de construir; e, por fim, exige-se que o plano diretor traga um sistema de acompanhamento e controle de sua execução.

Com efeito, Pinto (2005) observa que o plano diretor não é somente mais uma lei entre tantas outras, mas o único instrumento jurídico que pode dispor sobre as matérias caracterizadas como seu conteúdo obrigatório, o que não impede, por certo, que suas normas sejam detalhadas por outros instrumentos.

Por fim, importa ressaltar que, embora tenham sido destacados alguns aspectos específicos do Plano Diretor, é preciso que se compreenda, na advertência de Edésio Fernandes (*apud* SILVA, 2010), que o plano diretor não é um mero instrumento técnico, mas, antes, um processo sociopolítico pelo qual se preenche o conteúdo para o exercício dos direitos individuais de propriedade urbana. O plano diretor, assim, não se reduz a mera lei regulamentadora do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, mas também, e sobretudo, deve ser uma lei fundiária que seja responsável pela garantia das funções sociais da cidade para a totalidade do território municipal.

Feitas essas breves considerações, necessárias para o esclarecimento da forma como pode ser prevista a função social da propriedade urbana no Plano Diretor, passa-se ao último capítulo, com o qual chega-se à questão do direito de construir.

### 3. O DIREITO DE CONSTRUIR DIANTE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Como visto, a função social da propriedade urbana passou, com a Constituição Federal de 1988, a estar atrelada ao planejamento urbanístico, especialmente ao Plano Diretor, de modo que o conteúdo da propriedade urbana passou a ser conformado pelas normas de direito urbanístico.

Diante de tal determinação constitucional é que surgiu a tese – amparada também pela Lei de Ocupação do Solo (Lei n. 6.766/79) e pelo Estatuto da Cidade, que previu entre seus instrumentos urbanísticos a outorga onerosa do direito de construir, a transferência do direito de construir e o direito de superfície – de que o direito de construir não seria mais, no ordenamento jurídico brasileiro, segundo uma interpretação adequada de tais normas, inerente ao direito de propriedade<sup>27</sup>.

De outra banda, grande parte da doutrina posicionou-se, diante de tal polêmica, no sentido de que o direito de construir seria, sim, parte integrante do direito de propriedade, na medida em que o núcleo mesmo da propriedade urbana seria o direito de edificar no terreno.

Tendo em vista tal polêmica é que, neste capítulo final, pretende-se expor os argumentos que embasam ambos os pontos de vista, de forma a contribuir para o debate e para a compreensão da função social da propriedade urbana em sua relação com o direito urbanístico.

Por conseguinte, inicialmente, expor-se-á sucintamente o mecanismo da outorga onerosa do direito de construir e da transferência do direito de construir, instrumentos urbanísticos do Estatuto da Cidade, para que, posteriormente, sejam apresentados os argumentos jurídicos que embasam tanto a tese da separação do direito de construir do direito de propriedade como a de sua inerência.

#### 3.1. O DIREITO DE CONSTRUIR NO ESTATUTO DA CIDADE

O tema do direito de construir no Estatuto da Cidade certamente suscita debate. A outorga onerosa do direito de construir e a transferência do direito de construir são,

---

<sup>27</sup> Não de forma inédita, como se verá adiante, na medida em que a separação do direito de construir do direito de propriedade é tema que vem sendo discutido já há décadas, inclusive com prévias experiências legislativas internacionais.

seguramente, alguns dos instrumentos da política urbana mais polêmicos desse diploma, haja vista suscitarem não somente o debate em torno da separação entre o direito de construir e o direito de propriedade, como anteriormente dito, mas também inúmeros outros enfrentamentos relativos a outros de seus aspectos.

Ambos os instrumentos encontram antecedentes no instituto do “solo criado”, que teve como ponto de partida de discussão para sua elaboração um histórico documento produzido por urbanistas nos idos de 1975, que constituiu o texto-base para uma série de seminários que se sucederam, promovidos pelo então Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal (CEPAM), vinculados à Secretaria do Interior do Estado de São Paulo. O debate teórico seguiu e culminou, em dezembro de 1976, na chamada Carta de Embu, documento elaborado por juristas e urbanistas<sup>28</sup>, que estabeleceu as premissas e os fundamentos do instituto do solo criado.

De acordo com a clássica observação de Eros Grau (2001), que foi um dos juristas que ajudou a delinear o instituto e firmou a Carta de Embu, a noção de solo criado tem origem na verificação da possibilidade de construir sobre ou sob o solo natural e, assim, de se criar uma área horizontal artificial, adicional em relação ao imóvel de origem, não apoiada diretamente sobre o solo natural.

Do ponto de vista do contexto social, o solo criado partiu da observação de que, como afirmou José Marcelo Ferreira Costa (2001), o crescente adensamento das cidades e o avanço tecnológico experimentado pela engenharia civil resultaram na construção de pisos adicionais, o que, nas grandes cidades do Brasil e do mundo, como decorrência da ampla liberdade de edificar, desencadeou sérios problemas à comunidade, já que construir desenfreadamente influi negativamente, de modo flagrante, na sobrecarga dos serviços urbanos (como água, luz, etc.) e nas condições de salubridade da cidade (arejamento, isolamento, lazer etc.).

Com efeito, como apontam Yara Darci Police Monteiro e Egle Monteiro da Silva (2010), a cidade não se limita à expansão horizontal, mas cresce em direção às alturas. Ocorre que este crescimento, como observou Clementina De Ambrosis, citada pelas autoras, ocasiona a distorção na proporção entre espaços públicos e privados, que diminui, na medida em

---

<sup>28</sup> Convém apontar o nome dos signatários da Carta de Embu: Álvaro Villaça Azevedo, Celso Antônio Bandeira de Mello, Dalmo do Valle Nogueira Filho, Eros Roberto Grau, Eurico de Andrade Azevedo, Fábio Fanucchi, José Afonso da Silva, Maria de Lourdes Cesarino Costa, Mário Pazzaglini Filho, Miguel Seabra Fagundes, Jorge Hori, Antônio Cláudio Moreira Lima e Moreira, Clementina De Ambrosis, Domingos Theodoro de Azevedo Netto, Luiz Carlos Costa e Norberto Amorim (NETO, 2010, p. 228).

que, em cima dos lotes planejados para apenas *uma* residência, constroem-se prédios que comportam várias delas; as vias e praças, no entanto, não aumentam.

Assim é que, tendo em vista a possibilidade de criação de área horizontal sob um terreno mediante a sua edificação, a Carta do Embu<sup>29</sup> sintetizou as bases do raciocínio para a justificação do instituto do solo criado: como a edificação resulta em um adensamento da área – o que não é necessariamente um inconveniente, mas deve ser limitado, uma vez que sobrecarrega a infraestrutura urbana – “o criador de solo deve oferecer à coletividade as compensações necessárias ao reequilíbrio urbano reclamado pela criação de solo adicional”.

Isso porque se chegou à conclusão de que a criação de solo horizontal, a multiplicação do espaço explorável, implica na oneração de toda a coletividade, uma vez que sobrecarrega a infraestrutura da cidade, de modo que o criador do solo teria o dever de

---

<sup>29</sup> É o texto da Carta do Embu:

“*Considerando* que, no território de uma cidade, certos locais são mais favoráveis à implantação de diferentes tipos de atividades urbanas;

*Considerando* que a competição por esses locais tende a elevar o preço dos terrenos e a aumentar a densidade das áreas construídas;

*Considerando* que a moderna tecnologia da construção civil permite intensificar a utilização dos terrenos, multiplicando o número de pavimentos pela ocupação do espaço aéreo ou do subsolo;

*Considerando* que esta intensificação sobrecarrega toda a infraestrutura urbana, a saber, a capacidade das vias, das redes de água, esgoto e energia elétrica, bem assim a dos equipamentos sociais, tais como escolas, áreas verdes, etc.;

*Considerando* que essa tecnologia vem ao encontro dos desejos de multiplicar a utilização dos locais de maior demanda, e, por assim dizer, permite a criação de solo novo, ou seja, de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural;

*Considerando* que a legislação de uso do solo urbano procura limitar esse adensamento, diferenciadamente para cada zona, no interesse da comunidade;

*Considerando* que um dos efeitos colaterais dessa legislação é o de valorizar diferentemente os imóveis, em consequência de sua capacidade legal de comportar área edificada, gerando situações de injustiça;

*Considerando* que o direito de propriedade, assegurado na Constituição, é condicionado pelo princípio da função social da propriedade, não devendo, assim, exceder determinada extensão de uso e disposição, cujo volume é definido segundo a relevância do interesse social;

*Admite-se* que, assim como o loteador é obrigado a entregar ao poder público áreas destinadas ao sistema viário, equipamento públicos e lazer, igualmente, o criador de solo deverá oferecer à coletividade as compensações necessários ao reequilíbrio urbano reclamada pela criação de solo adicional, e

*Conclui-se* que:

1. É constitucional a fixação, pelo município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos.

1.1 A fixação desse coeficiente não interfere com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos, tal como já se fez, mediante legislação de zoneamento;

1.2 Toda edificação acima do coeficiente único é considerada solo criado, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer de subsolo.

2. É constitucional exigir, na forma da lei municipal, como condição de criação de solo, que o interessado entregue ao poder público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta dessas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas, é admissível a sua substituição pelo equivalente econômico.

2.1 O proprietário de imóvel sujeito a limitações administrativas, que impeçam a plena utilização do coeficiente único de edificação, poderá alienar a parcela não utilizável do direito de construir. [...]

2.2 No caso do imóvel tombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação”.



compensá-la por tais ônus. Como sintetizou Costa (2001, p. 79), “visando a melhoria da qualidade de vida no meio ambiente urbano, forçou-se a criação de um instrumento jurídico de controle do uso do solo como forma de ordenar o crescimento vertical acelerado das cidades”.

O mecanismo jurídico idealizado com o solo criado foi o seguinte:

“O Poder Público poderia estabelecer um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos do Município, sem elidir sua competência para reger o zoneamento municipal. A partir desse coeficiente, o excedente de edificação seria considerado *solo criado*. Em seguida, preconizavam-se as condicionantes para a edificação dependente do *solo criado*: o Poder Público, mediante lei municipal, condicionaria a criação de solo à entrega, pelo proprietário, de quantidade proporcional de área ao mesmo Poder. Quando esta ação não fosse materialmente possível, poderia ser substituída por seu equivalente econômico” (MARQUES NETO, 2010, p. 229).

Na ocasião da concepção do solo criado, intensos debates surgiram em torno da questão da vinculação ou não do direito de construir ao direito de propriedade diante do mecanismo estabelecido. Com efeito, o solo criado vinha na esteira de uma discussão internacional que estava sendo realizada na Europa, na década de 70, sobre a necessidade de separar o direito de edificar do direito de propriedade. Como assinala Grau (2001, p. 25):

“[...] a distinção entre o direito de propriedade e o direito de construir solo novo não deve ser considerada uma ideia inteiramente nova. Em reunião celebrada em Roma, de 29.03 a 03.04.1971, um grupo de especialistas em problemas de política de habitação, construção e planejamento dos países meridionais da Europa – da Comissão Econômica para a Europa, da ONU – acordou, entre outras, conclusão com a qual é necessário afirmar a separação entre o direito de propriedade e o direito de edificar; dada a suposição de que este último deve pertencer à coletividade e não pode ser admitido senão por concessão ou autorização administrativa, o grupo reconheceu a utilidade de recomendar a cada país integrado na Comissão a necessidade de suas legislações determinarem os métodos práticos para a sua aplicação, compreendendo inclusive o cálculo das indenizações em caso de desapropriação.”

De fato, a Comissão Econômica para Europa da ONU, de 1971, chegou à conclusão de que o direito de edificar deveria ser da coletividade, recomendando aos países integrantes que instituíssem mecanismos práticos para fazê-lo. Continua Grau (2001, p. 25):

“Nesse sentido, aliás – contemplando a separação entre ambos -, sobreveio, em 28.01.1977, a lei italiana, que define a faculdade de

edificar como uma concessão do Poder Público. Em termos menores, a lei francesa de 31.12.1975, n. 75-1328, instituiu o *plafond legal de densité*. Embora reconhecendo que o direito de construir é inerente à propriedade do solo; para além dele, subordina-se ao interesse da coletividade e o proprietário que o quiser exercer terá de adquiri-lo, mediante o pagamento de uma soma igual ao valor do terreno que receberá com a edificação excedente.”

Destarte, o tema da separação entre o direito de construir e o direito de propriedade foi intensamente discutido na doutrina brasileira à época, sob a influência das discussões internacionais, com opiniões as mais diversas<sup>30</sup>. No entanto, ainda que o instituto tenha ocasionado tantas polêmicas desde sua elaboração, Floriano de Azevedo Marques Neto (2010) destaca que desde a sua concepção formou-se um forte consenso entre os urbanistas em torno de sua necessidade como mecanismo para disciplinar a ocupação do solo urbano. No mundo jurídico, todavia, o debate estagnou em razão da discussão em torno da competência para legislar sobre a matéria. Em que pese o esforço dos Municípios, prevaleceu o entendimento de que a regulação da matéria competia à União, já que se tratava da limitação do direito de propriedade.

A polêmica, no entanto, foi superada com o advento da nova legislação federal, o Estatuto da Cidade, que instituiu o instrumento do solo criado sob o nome de “outorga onerosa do direito de construir”.

O Estatuto da Cidade previu, em seus artigos 28, 29 e 30<sup>31</sup>, como instrumento da Política Urbana, a chamada “outorga onerosa do direito de construir”. Como adverte Marques

---

<sup>30</sup> O assunto será tratado com mais atenção nos itens subsequentes, no entanto convém anotar que, segundo MONTEIRO (2010, p. 295), a autonomia do direito de construir como elemento conformador do instituto do solo criado já era defendida à época por Eros Roberto Grau, Toshio Mukai, Magnólia Lima Guerra e Marco Aurélio Grecco, entre outros, enquanto, em oposição, José Afonso da Silva, Seabra Fagundes e Celso Antônio Bandeira de Mello não admitiam a separação.

<sup>31</sup> Seção IX - Da outorga onerosa do direito de construir

Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

§ 2º O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

§ 3º O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área.

Art. 29. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

Art. 30. Lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, determinando:

I – a fórmula de cálculo para a cobrança;

II – os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga;

Neto (2010), a nova legislação pecou na conceituação do instituto, pois a outorga não se confunde com a noção de solo criado, já que, na verdade, a onerosidade é uma consequência do estabelecimento do instituto do solo criado<sup>32</sup>. Por conseguinte, a outorga onerosa é o ato pelo qual se institui o solo criado, que é, esse sim, o instrumento da política urbana.

Isso dito, importa destacar os principais aspectos da chamada outorga onerosa do direito de construir, tal qual regulamentada pelo Estatuto da Cidade.

Segundo determinam os dispositivos do Estatuto da Cidade que tratam desse instituto, o Poder Público poderá, mediante previsão no Plano Diretor, estabelecer um índice de coeficiente de aproveitamento básico, entendido como “a relação entre a área edificável e a área do terreno” (art. 28, § 1º)<sup>33</sup>, para toda a zona urbana ou de forma diferenciada para alguma área específica. Até tal coeficiente, o particular poderá construir no terreno sem qualquer onerosidade.

Importante anotar que a possibilidade de fixar coeficientes de aproveitamento básico diferenciados, da forma como permitido na legislação, é duramente criticada por parte da doutrina, que alerta para o desvirtuamento do próprio instituto. Segundo Azevedo Neto (2010), no estabelecimento de coeficientes básicos diferenciados reside a maior falha da legislação. A adoção de um coeficiente único atende a um dos princípios do urbanismo moderno, encampado pelo Estatuto da Cidade, que é a isonomia aplicada às regras de uso e aproveitamento do espaço urbano. Ainda, segundo o autor, a diferenciação é perigosa e vazia de sentido, pois pode ensejar a transformação do instituto em uma modalidade de zoneamento, com todos os desvios casuísticos, e se se quer albergar situações locais peculiares, o próprio estatuto já contém mecanismos para tanto. Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Eros Grau<sup>34</sup>.

---

III – a contrapartida do beneficiário.

Art. 31. Os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso serão aplicados com as finalidades previstas nos incisos I a IX do art. 26 desta Lei.

<sup>32</sup> “Afinal, somente faz sentido prever a possibilidade de outorga onerosa (de todo modo, uma faculdade que assistirá ao particular interessado em edificar além do coeficiente básico de aproveitamento) se preexistir a noção de que a edificação para além destes parâmetros constitui criação de solo à qual não corresponde um direito subjetivo do particular. Tanto é assim que o instituto do *solo criado*, tal como definido logo no início desse texto, vem delimitado no art. 28 do Estatuto da Cidade, enquanto a outorga onerosa propriamente dita somente virá a ser tratada em seu art. 30. Em suma, embora sem utilizar a expressão, o núcleo da seção ora comentado é mesmo o instituto do *solo criado*, precisamente estabelecido pela regra constante do *caput* do art. 28 a partir da concepção de exercício do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado” (MARQUES NETO, 2010, p. 324-325).

<sup>33</sup> Complementando a definição legal, Floriano Marques Azevedo afirma (2010, p. 237) que “o coeficiente de aproveitamento será sempre o resultado da divisão da soma das superfícies edificadas sobre o terreno pela área total desse imóvel urbano”.

<sup>34</sup> “A definição, pelo Poder Público, de diversos e distintos coeficientes de aproveitamento na legislação de zoneamento permite a ocorrência, a nível individual, de inúmeras situações de injustiça: a definição de um e outro coeficiente de aproveitamento poderá alterar substancialmente o valor dos terrenos” (GRAU, 1983, p. 56).

Por outro lado, o Poder Público poderá, também por meio de previsão do Plano Diretor, estabelecer um índice de coeficiente de aproveitamento máximo para determinadas áreas, considerando a “proporcionalidade entre infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado” (art. 28, § 3º.), até o qual o proprietário poderá construir mediante uma contrapartida ao Poder Público. Destaque-se que, como ressalta Marques Neto (2010), o Estatuto fixou como parâmetro de limitação da criação de solo não a infraestrutura projetada ou potencialmente a ser desenvolvida, e sim a infraestrutura já existente quando da definição dos limites máximos.

Destarte, para edificar acima do coeficiente básico de aproveitamento, até o limite estabelecido como pelo coeficiente máximo para a área, segundo a infraestrutura existente no local, o proprietário deverá prestar uma contrapartida ao Poder Público, que pode ser (i) a doação para o Poder Público de áreas proporcionais ao solo criado; (ii) o pagamento do equivalente econômico<sup>35</sup>; (iii) alienação da parcela não utilizável do direito de construir; (iv) no caso de imóvel tombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação.

A natureza jurídica da contrapartida a ser prestada pelo beneficiário, em caso de pecúnia, também comporta discussão. Há autores que defendem tratar-se de receita tributária, como Seabra Fagundes, citado por Marques Neto (2010, p. 244), sob o fundamento de que

Será próprio, sim, gravar com ônus maior, e até mesmo bem maior do que o usual, as construções que, pela superposição de múltiplos pisos, importam sobrecarga extraordinária aos equipamentos e serviços públicos locais. Mas isso através de tributo, e não como uma espécie de transação, eticamente espúria, entre o Poder Público e o proprietário, à custa daquilo que se considerou, tendo em vista o interesse coletivo, como limite máximo de superposição de pisos e, conseqüentemente, de habitabilidade da área.

Já outros, como Eros Grau e Floreano de Azevedo Marques Neto, sustentam que a receita caracteriza preço público, uma vez que a aquisição do direito ao solo criado e, conseqüentemente, o pagamento da contrapartida, não é compulsória, característica inerente aos tributos. Como bem coloca Grau, citado por Neto (2010, p. 245):

Tributos são receitas que encontram sua causa na lei, daí a sua definição como receitas legais. No caso em espécie, estamos diante de um ato de

<sup>35</sup> Embora haja autores que discordam dessa possibilidade, como Seabra Fagundes, que afirma que o instituto está relacionado com a melhoria da qualidade de vida urbana, e não com uma fonte de renda (MACEDO, 2007).

aquisição de um direito, não-compulsório. Trata-se de ato voluntário, no qual o requisito da vontade das partes – setores público e particular – substituiu o requisito da imposição legal. A remuneração correspondente, pois, é contratual e não legal.

A destinação dos recursos arrecadados com o instrumento, por fim, está prevista no art. 31, que elenca as possíveis finalidades para a sua utilização: (i) regularização fundiária; (ii) execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; (iii) constituição de reserva fundiária; (iv) ordenamento e direcionamento da expansão urbana; (v) implantação de equipamentos urbanos e comunitários; (vi) criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; (vii) criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; e (viii) proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

Por outro lado, a transferência do direito de construir, instrumento de Política Urbana previsto no art. 35 do Estatuto da Cidade<sup>36</sup>, é, na definição de Diógenes Gasparini (2002, p. 190), “a alienação ou o exercício em outro lugar, do direito de construir, quando, em razão de interesse público, o proprietário não puder utilizá-lo na plenitude dos índices urbanísticos”.

Tal instrumento possui duas principais diferenças em relação à outorga onerosa. Enquanto nessa o potencial construtivo é adquirido do Poder Público, na transferência do direito de construir o potencial permanece sob a titularidade do proprietário, que pode exercê-lo ou aliená-lo a terceiro. Ademais, no caso da outorga onerosa, o beneficiário pode exercer o direito de construir acima do coeficiente básico de aproveitamento, desde que não ultrapasse o coeficiente máximo estabelecido para a área; já na transferência, maneja-se o direito de construir dentro dos limites impostos pelo coeficiente básico de aproveitamento.

---

<sup>36</sup> Seção XI

Da transferência do direito de construir

Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:

I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;

II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;

III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

§ 1º A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do caput.

§ 2º A lei municipal referida no caput estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.

Definidos os aspectos legais da outorga onerosa e da transferência do direito de construir que mais interessam a este trabalho, muito embora haja extensa discussão doutrinária a respeito dos institutos<sup>37</sup>, passa-se à análise da temática do direito de construir e do direito de propriedade, que foi propositalmente suprimida neste capítulo para que possa ser abordada mais detalhadamente nos próximos itens.

### 3.2. A CONTROVÉRSIA ACERCA DA SEPARAÇÃO ENTRE O DIREITO DE CONSTRUIR E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Inicialmente, convém fazer uma breve síntese da controvérsia existente a respeito da desvinculação entre o direito de construir e o direito de propriedade, que tem no centro da discussão as relações entre o plano urbanístico e o direito de construir.

De um lado, uma forte corrente concebe o direito de construir como uma faculdade inerente ao direito de propriedade, cujo exercício pode ser restringido mediante limitações administrativas fundamentadas no Poder de Polícia, mas não suprimido, na medida em que é albergado pela garantia do direito de propriedade prevista na Constituição. Segundo se entende, cabe ao proprietário, dentro de sua faculdade de usar o imóvel, edificar nele o que lhe aprouver, ressalvadas as limitações administrativas que visam à proteção do interesse coletivo.

Por outro lado, existem autores que, esteados especialmente na doutrina europeia da conformação urbanística do direito de propriedade, defendem que o direito de construir não está dentro da garantia constitucional do direito de propriedade. Segundo tal entendimento, o *ius aedificandi* não é um atributo do solo, mas, antes, uma qualificação dada a ele pelas normas urbanísticas, que o diferenciam do solo rural.

É dizer que, para tal doutrina, o direito de construir não é inerente ao direito de propriedade, como uma de suas faculdades, mas pertence à coletividade, sendo atribuído pelos planos urbanísticos, dentro de certo limite. Ainda, segundo tal entendimento, os instrumentos estabelecidos pelo Estatuto da Cidade possibilitam a ampliação do direito de construir, que, patrimonializado, pode ser adquiridos do Poder Público ou de terceiros.

---

<sup>37</sup> Passou-se ao largo de discussões importantes a respeito do tema, como por exemplo, em relação à outorga onerosa, a obrigatoriedade da concessão, a natureza do ato – se vinculado ou não –, a necessidade de fixar o coeficiente de aproveitamento em 1, os tipos de contrapartidas a serem prestadas pelo beneficiário, entre outras, por não interessarem à extensão do presente trabalho.

Isso dito, passa-se a explicar os argumentos que embasam a separação entre o direito de construir e o direito de propriedade, consoante, especialmente, a tese desenvolvida por Victor Carvalho Pinto (2005, p. 274), que buscou apresentar uma “nova teoria unificadora, que abarque as consequências do modelo conceitual adotado pelo Estatuto da Cidade, oferecendo uma alternativa à doutrina anterior”.

### *3.2.1. O direito de construir e a atividade urbanística: argumentos a favor da autonomia do direito de construir em relação ao direito de propriedade*

Segundo Victor Carvalho Pinto (2005), a jurisprudência brasileira ainda está presa aos conceitos do Código Civil quando trata da propriedade urbana. Admite-se que a faculdade de usar o bem abrange o direito de construir, de forma que esse compõe, em princípio, a estrutura do direito de propriedade; as normas de direito urbanístico, segundo essa doutrina, tão somente restringem esse direito e são fundadas no poder de polícia.

A relação existente entre as limitações urbanísticas e o direito de propriedade é explicada pela “teoria do conteúdo mínimo”, que, com fundamento no poder de polícia, aplica às regulações urbanísticas os mesmo parâmetros gerais utilizados para o controle das restrições dos direitos fundamentais, considerando a propriedade não como uma instituição econômica, mas como um direito fundamental. Ora, os direitos fundamentais tem aplicabilidade imediata e admitem restrições, desde que gerais, abstratas e gratuitas, e, ainda, submetem-se a um rigoroso regime destinado a protegê-los:

“As restrições não podem eliminar o próprio direito, a pretexto de regulamentá-lo. [...] Afirma-se que a propriedade tem um conteúdo mínimo, além do qual as limitações não podem avançar, sob pena de caracterização da chamada “desapropriação indireta”. Tal conteúdo consistiria na possibilidade de ‘utilização econômica’ do imóvel. O conteúdo mínimo da propriedade urbana seria definido pela edificabilidade. Aceita-se que a legislação urbanística estabeleça limites ao direito de construir, mas impede-se que este direito seja totalmente eliminado. A alteração desse limite é igualmente aceita, seja no sentido de sua ampliação, seja no de sua redução, desde que mantida alguma edificabilidade. Com isto, pretende-se proteger o próprio direito de propriedade, que é tratado como direito fundamental” (PINTO, 2005, p. 276).

No entanto, na opinião do autor, a gratuidade das limitações não decorre da suposta generalidade das normas urbanísticas, uma vez que estas definem normas específicas para cada propriedade, mas de sua natureza conformadora do direito de propriedade, consequência do princípio da função social (PINTO, 2005)<sup>38</sup>.

Segundo o autor, a função social da propriedade não apenas impõe obrigações de fazer ao proprietário, como também fundamenta limitações ao direito de propriedade, na medida em que, enquanto o poder de polícia visa a limitar uma liberdade anterior, o princípio da função social da propriedade visa a orientar a atividade do proprietário no sentido do interesse público (PINTO, 2005).

Para ele, o que diferencia o poder de polícia e a função social, como já mencionado nesse trabalho, não é a natureza da regra a ser cumprida pelo particular, mas a finalidade. Enquanto o primeiro visa impedir que um direito seja exercido contra o interesse público, a função social visa orientar a atividade do proprietário no sentido do atendimento do interesse público. Ora,

“O plano diretor não proíbe determinadas atividades em certas zonas porque elas sejam prejudiciais ao interesse público, mas porque as atividades nelas permitidas são as melhores para o interesse público. Mesmo na ausência de uma obrigação de utilizar o bem, as simples limitações administrativas ao seu uso constituem uma técnica de comando indireto que vai muito além do conceito clássico de poder de polícia. O plano define precisamente o que pode ser construído em cada terreno. Escolhe uma dentre inúmeras possíveis utilizações não prejudiciais ao interesse público. Só uma interpretação extensiva pode admitir isso se faça com fundamento no poder de polícia” (PINTO, 2005, p. 215).

Esclarecido que, na visão de Pinto (2005), as limitações urbanísticas decorrem do princípio da função social da propriedade<sup>39</sup>, deve-se atentar para a crítica realizada por ele à tese da inerência do direito de construir: ao garantir o direito de construir como uma faculdade

---

<sup>38</sup> “A teoria da conformação da propriedade urbana pelo plano diretor oferece uma fundamentação muito mais adequada ao caráter não indenizável das limitações urbanísticas. Esta não deriva de supostas característica de generalidade e abstração, requisitos do poder de polícia. As normas urbanísticas só podem ser consideradas gerais por ficção jurídica, uma vez que distintas para cada imóvel” (PINTO, 2005, p. 215).

<sup>39</sup> Nesse mesmo sentido, ainda que não corrobore a tese de Victor Carvalho Pinto, Lúcia Vale Figueiredo (2005, p. 31) também não identifica a disciplina urbanística da propriedade com o poder de polícia, que, em sua concepção, é um conceito já superado no Direito Administrativo. Segundo a autora, o direito urbanístico encontra respaldo diretamente no Texto Constitucional e suas normas são cumpridas pela Administração Pública, que intervém na propriedade em decorrência da lei.



inerente ao direito de propriedade, garante-se a qualquer propriedade “um poder de transformações que pode apresentar efeitos nocivos para terceiros, principalmente com relação ao meio ambiente” (PINTO, 2005, p. 276).

Ademais, quando tais limitações são consideradas “desapropriação indireta” geram-se despesas extraordinárias para o Poder Público e, quando não é o caso, quer dizer, quando a legislação urbanística somente amplia ou reduz o potencial construtivo dos terrenos, sem, no entanto, “eliminar” o direito, geram-se situações de extrema injustiça. A ampliação do potencial construtivo resulta em valorizações extraordinárias dos terrenos, beneficiando o seu proprietário às custas do investimento público, enquanto a redução do potencial construtivo sujeita o proprietário a uma desvalorização tremenda de seu terreno, sem direito a indenização (PINTO, 2005)<sup>40</sup>.

É nesse sentido que, com fundamento no princípio da função social da propriedade, pode-se sustentar a separação entre o direito de propriedade e o direito de construir, que se assenta em dois princípios: o da vinculação situacional e o da patrimonialização do direito de construir.

Sintetizando o que expõe Pinto, Marina Macedo (2007) afirma que o primeiro deles, o princípio da “vinculação situacional”, decorre do direito urbanístico alemão e é utilizado para direcionar o aproveitamento de áreas que não estão sujeitas a nenhum plano urbanístico. O seu regime é simples: a manutenção da situação existente. Assim, em uma área alagadiça, não poderá haver construções. Em uma área urbana, por sua vez, essa operação será permitida.

Como consequência, nas palavras de Pinto (2005, p. 277):

“As limitações que vierem a ser estabelecidas impedindo transformações urbanísticas nada mais fazem que consagrar o estado atual do imóvel e não são indenizáveis. São os planos urbanísticos que conferem à propriedade faculdades de urbanização e edificação. Todo o solo que não tenha sido qualificado pelo plano como urbano ou de expansão urbana deverá ser automaticamente qualificado como rural. Pode-se dizer que o regime do uso rural corresponde a um *fundo* jurídico, sobre o qual o plano diretor introduz, como *figura*, as qualificações de usos urbanos”.

Com efeito, o autor observa que seria conveniente uma legislação federal ou estadual que fixasse índices urbanísticos precisos para as situações de ausência de plano diretor –

---

<sup>40</sup> “Alterações pontuais em leis municipais podem criar fortunas ou provocar tragédias humanas, configurando uma verdadeira ‘loteria’” (PINTO, 2005, p. 278).

todavia, mesmo não existindo tal legislação, afirma o doutrinador que é possível dar operacionalidade ao princípio da vinculação situacional com fundamento nas normas constitucionais e infraconstitucionais (PINTO, 2005).

Primeiramente, o autor esclarece que o meio ambiente é, segundo a Constituição, um bem de uso comum do povo (art. 225), de forma que sobre a propriedade imobiliária incide uma afetação geral da coletividade, de fruição do ambiente, natural ou construído, feita por todos, e não só pelos proprietários. “O direito de propriedade implica um direito de uso, mas um que seja compatível com o entorno do imóvel” (PINTO, 2005, p. 284).

Ainda, o autor considera que o regime do parcelamento do solo estatuído pela Lei n. 6.766/1979 consagra o princípio, “na medida em que condiciona a atividade de urbanização a uma previa programação urbanística do plano diretor, que inclua o terreno em uma zona urbana, de expansão urbana ou de urbanização específica (art. 3º)” (PINTO, 2005, p. 285)<sup>41</sup>.

Assim, o proprietário de solo rural não tem o direito de parcelar a sua gleba. Esse direito é conferido pelo plano diretor e pelas diretrizes específicas e, sem parcelamento, não há direito de construir.

José Afonso da Silva (2010), ainda que sem se referir à teoria da vinculação situacional, corrobora a ideia de que é a destinação urbanística que determina a edificabilidade do solo, já que essa não é, por natureza, uma qualidade daquele.

“Essa qualificação é função das normas urbanísticas que lhe fixam o destino urbanístico, a que fica vinculado o proprietário [...] Vale dizer que a destinação urbanística dos terrenos é uma utilidade acrescida a eles pelos planos e leis de caráter urbanístico. Utilidade que se especifica em várias modalidades, conforme o aproveitamento concreto definido para cada terreno. A utilização, por conseguinte, do solo urbano pelos

---

<sup>41</sup> “Art. 3º Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal.

Parágrafo único - Não será permitido o parcelamento do solo:

I - em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;

II - em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;

III - em terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;

IV - em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação;

V - em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção”.

proprietários depende da predeterminação dada pela legislação e planos urbanísticos. O *lote*, parcela de terreno destinada à edificação, é uma das modalidades predeterminadas por via especialmente dos planos de parcelamento do solo para fins urbanos. Lote é, conseqüentemente, uma criação da atividade urbanística; surge, pois, como uma utilidade legal do terreno: a edificabilidade. Veja-se, pois, que a edificabilidade não é algo natural aos terrenos. O que é natural a eles é a produção das chamadas riquezas naturais. A edificabilidade é algo que surge com a ordenação urbanística do solo. É algo novo, acrescido, criado pelos planos e normas urbanísticas, por mais elementares que sejam. Edificabilidade é qualificação legal que se atribui a um terreno urbano. Essa qualificação é que possibilita ao proprietário a faculdade de construir em terreno urbano. Sem ela a faculdade não existe” (SILVA, 2010, p. 80-81).

Garcia de Enterria, citado por Silva (2010), afirma que o destino urbanístico é um instrumento de ordenação da propriedade que se planifica; é o meio pelo qual se constrói o direito de propriedade, uma vez que o destino cria uma utilidade legal que pode aproveitar ao proprietário, em adição à utilidade natural dos terrenos, identificada com sua natureza rústica.

Em outras palavras, o autor espanhol afirma:

“O plano outorga positivamente faculdades, não limita uma posição básica de liberdade do proprietário. Isso é claro no que diz respeito à conversão do solo rústico em solo urbano, mas também quando se trata de determinar as faculdades de aproveitamento do terreno no âmbito do solo urbano, que não existem antes do plano, e muito menos contra o plano, mas tão-só com base e com o conteúdo por ele precisado” (ENTERRIA *apud* BICUDO, 2008, p. 89).

Essa também é a posição de Fernando Alves Correia, que, ao citar o princípio da reserva de plano, segundo o qual se exige um plano urbanístico para a definição da função social da propriedade, afirma que

“significa este princípio que só pode construir-se num terreno quando o plano – que existe já em quase todos os municípios de nosso país – lhe atribui vocação edificativa ou o classificar e qualificar como solo urbano. [...] Ora, este princípio [...] impede que se perspetive o *jus aedificandi* como uma faculdade natural ao direito de propriedade do solo, desde logo porque os particulares não tem o direito de elaborar e de aprovar um plano urbanístico, sendo este direito uma reserva do Estado” (CORREIA *apud* BICUDO, 2008, p. 86).

Também Camila Simoni Junqueira (2008) afirma que, de acordo com os princípios constitucionais vigentes, em que pese o art. 1.299 do Código Civil, apenas são edificáveis os imóveis nos quais a edificabilidade seja atribuída pelo plano diretor, o que

ocorrerá se relevante para o interesse coletivo. Para a autora “a edificabilidade – atributo do solo urbano – é outorgada através de plano urbanístico aprovado em lei no qual o Município insere uma propriedade no perímetro urbano municipal” (JUNQUEIRA, 2008, p. 43).

Trata-se, portanto, de considerar que um terreno apenas pode ser edificado caso o plano urbanístico lhe atribua o destino urbanístico de solo urbano, ao qual se agrega a faculdade de edificar.

Assim é que Pinto (2005, p. 281) conclui que “a edificabilidade só se torna utilização principal do terreno após uma urbanização prévia, operação que só pode ser feita em áreas previamente programadas pelos planos urbanísticos”.

“O princípio da vinculação situacional tem um impacto revolucionário sobre o direito urbanístico. Não se pode mais considerar o direito de construir uma faculdade do direito de propriedade, que é posteriormente limitada ou restringida pelas normas urbanísticas. O que há é exatamente o oposto: é a legislação urbanística que concede ao terreno um direito de construir antes inexistente” (PINTO, 2005, p. 287).

O outro princípio levantado pelo autor como fundamento da separação do direito de construir do direito de propriedade é o da patrimonialização do direito de construir. Segundo Pinto (2005), a teoria da patrimonialização do direito de construir, embora não expressamente prevista na legislação, pode ser deduzida segundo um raciocínio baseados em princípios.

“De fato, nada impede que se crie um direito de propriedade autônomo sobre o direito de construir, transformando-o em um objeto de direito distinto do terreno. [...] A opção entre considerar o direito de construir uma faculdade inerente ao domínio ou um direito autônomo depende da conformação que o direito der à propriedade urbana. Embora o direito brasileiro não tenha feito uma opção explícita pela segunda alternativa, ela pode ser reconhecida pelo intérprete a partir dos princípios e institutos adotados” (PINTO, 2005, p. 297-298).

Como aponta o autor, no campo do direito urbanístico vigora o princípio da equidistribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização<sup>42</sup>, consagrado como diretriz geral da Política Urbana no Estatuto da Cidade:

---

<sup>42</sup> A respeito do tema, afirma Fernando Alves Correia, citado por Bicudo (2008, p. 98): “um sistema jurídico que se estriba na premissa de que o *jus aedificandi* é uma faculdade atribuída pelo plano urbanístico apresenta-se, em geral, mais sensível a correções das desigualdades decorrentes daquele segundo tipos de medidas. Em primeiro lugar, porque considerando que o proprietário do solo não dispõe *ab initio* de um ‘direito de construir’, sendo este

“Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...] X – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; [...] XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos”

Esse princípio pode ser considerado uma aplicação do princípio econômico da internalização dos custos e benefícios. As transformações urbanas devem ser custeadas, na medida do possível, pelos seus beneficiários diretos, e não pelo conjunto dos cidadãos ou por uns poucos prejudicados. De outra banda, poucos proprietários não podem arcar sozinhos com um ônus que beneficie toda a coletividade (PINTO, 2005).

A técnica adotada no direito brasileiro para viabilizar este princípio, levando à internalização dos custos e benefícios pelos proprietários, é a imposição a eles de ônus urbanísticos, em troca da incorporação aos seus terrenos de porções quantificadas de direito de construir. Segundo o autor, tanto quando ocorre o loteamento urbano, que atribui o direito de construir ao lote, como quando o proprietário deseja adquirir o direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico pelo plano diretor – consoante os instrumentos instituídos pelo Estatuto da Cidade, especialmente a outorga onerosa do direito de construir –, deve cumprir certos ônus urbanísticos, com os quais contribui para a infraestrutura da cidade (PINTO, 2005)<sup>43</sup>.

---

objeto de atribuição ou de concessão do plano, coloca o problema do princípio da igualdade em face das medidas do plano sob o ângulo do princípio do tratamento igual (*gleichbehandlung*) dos particulares pela Administração, vincando, deste modo, a ideia segundo a qual esta não pode atribuir um benefício maior a uns do que a outros. Em segundo lugar, justamente porque entende que o ‘*jus aedificandi*’ não é um direito originário do proprietário do solo, é mais consentâneo com a adoção de mecanismos de ‘perequação’ dos benefícios e encargos entre os proprietários dos terrenos abrangidos por um mesmo plano, através de uma pluralidade de instrumentos, entre os quais o da recuperação pela comunidade das mais-valias oriundas do plano”. Marino Bicudo, embora não esteja de acordo, afirma que “tais argumentos podem ser transferidos para o Direito Brasileiro, seja porque o princípio da igualdade também é garantido constitucionalmente, seja porque o princípio da justa distribuição das mais-valias decorrentes das medidas implantadas a partir de planos urbanísticos, como visto acima, é expressamente prevista no Estatuto da Cidade – e, também, pela generalidade dos planos diretores municipais – ou, ainda, porque o princípio da igualdade serve de base para que sejam corrigidas as distorções sociais existentes no meio urbano” (2008, p. 98).

<sup>43</sup> Fazendo um estudo dos ônus urbanísticos no direito comparado, o autor analisa a situação da Itália, da França, da Alemanha, dos Estados Unidos, do Reino Unido e da Espanha (este último caso é o que mais se assemelha ao sugerido pelo autor) e conclui que “não há, em nenhum dos países estudados, um ‘direito de urbanizar’. Nos sistemas continentais, a existência de plano urbanístico é condição para a urbanização, mas não é garantia de sua realização. No sistema mais liberal, que é o norte-americano, quando muito se poderia admitir uma possibilidade de urbanizar áreas não cobertas por qualquer *ordinance* municipal ou de condado e desde que não exigisse uma conexão a rede geral já existente. Esta tende a ser uma possibilidade meramente teórica, na medida em que todas as cidades norte-americanas dispõem de *ordinances* regulando suas *subdivisions*. Mesmo nos sistemas norte-americano e continental, sua aprovação tende a ser sempre discricionária e sujeita a condições negociadas caso a caso. Essas condições podem abranger desde a destinação de terreno até a colocação de infraestrutura, podendo incluir obras de reforço à infraestrutura externa ao empreendimento e o pagamento de uma contribuição para seu financiamento. A

“Em todos esses institutos verifica-se a existência de um negócio jurídico, no qual, em troca do cumprimento de um ônus urbanísticos, o proprietário adquire um direito de construir novo, que se incorpora ao seu terreno. Esses mecanismos só fazer sentido se aceito o princípio da patrimonialização do direito de construir” (PINTO, 2005, p. 316).

É dizer, a patrimonialização do direito de construir se verifica por meio de diversos instrumentos da política urbana, alguns novos, como com a outorga onerosa do direito de construir, outros já antigos, como o loteamento e a contribuição de melhoria (PINTO, 2005).

A respeito do loteamento, o autor observa que a doutrina tradicional passa despercebida pela distinção entre o conceito de lote e gleba. Ocorre que é o parcelamento do solo para fins urbanos que transforma a gleba rural em lote urbano edificável<sup>44</sup>, mediante diversos ônus a serem suportados pelo parcelador, que arca com parte dos custos de urbanização “mediante a colocação da infraestrutura exigida em lei municipal, a sujeição a servidões de áreas *non aedificandi* e a transferência para o domínio municipal de áreas destinadas ao sistema viários, equipamentos urbano e comunitário e espaços livres” (PINTO, 2005, p. 299).

Assim é que, apenas mediante o cumprimento das exigências, que consubstanciam ônus urbanísticos, é que o direito de construir se incorpora ao terreno, que passa a ser qualificado de “lote”<sup>45</sup>.

“Como a maior parte da discussão da doutrina e da jurisprudência brasileira gira em torno de casos de propriedades urbanas cujo direito de construir é restringido, a doutrina segundo a qual o direito de construir seria inerente ao direito de propriedade não deixa de representar uma aproximação da verdade. No entanto, ela deixa de considerar a situação do solo rural (que é inedificável) e desconsidera o fato de que o direito de construir já nasce limitado.

---

natureza jurídica desta relação varia de país para país, mas na prática é sempre necessária uma convergência de vontades entre o Poder Público e o proprietário” (2005, p. 296).

<sup>44</sup> Dispõe o art. 2º da Lei n. 6.766/1979, que regulamenta o parcelamento do solo: “O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§ 2º - considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes [...]”.

<sup>45</sup> “A restrição à edificabilidade das glebas é técnica empregada pelo direito urbanístico para impedir a ocupação de áreas ainda não dotadas de infraestrutura. A caracterização de um terreno como lote pressupõe que ele já está apto a ser ocupado, por dispor da infraestrutura adequada” (PINTO, 2005, p.299).

“Evidencia-se assim a fragilidade da teoria do conteúdo mínimo da propriedade. Não há uma edificabilidade mínima idêntica para todos os terrenos. O direito de construir patrimonializado varia de lote para lote, conforme as normas urbanísticas e diretrizes vigentes no momento em que o loteamento foi realizado” (PINTO, 2005, p. 302-303).

O mesmo ocorre, segundo o autor, no caso da outorga onerosa do direito de construir, “pela qual se condiciona a ampliação do direito de construir ou a alteração do uso à prestação de uma contrapartida pelo beneficiário” (PINTO, 2005, p. 311)<sup>46</sup>. Ainda, “a separação entre o direito de construir e o direito de propriedade fica muito clara no instituto da transferência do direito de construir. [...] Admitida a possibilidade de transferência, fica evidenciada a transformação do direito de construir em um bem autônomo, desvinculado do direito de propriedade do terreno” (PINTO, 2005, p. 312-313).

Ademais, o autor fundamenta a patrimonialização do direito de construir observando que tanto no loteamento quanto nas operações urbanas, na contribuição de melhoria, na outorga onerosa como na transferência do direito de construir, há uma relação sinalagmática na qual o objeto é o direito de construir. O Poder Público auferir benefícios econômicos em troca da ampliação do direito de construir. Ora, por tal razão o seu fundamento não pode ser o poder de polícia, uma vez que este não pode ser transacionado (PINTO, 2005).

Assim é que, por todas as razões apontadas, o autor conclui que o ordenamento jurídico comporta a tese da separação do direito de propriedade do direito de construir.

Finalmente, Pinto (2005) esclarece que, como bem autônomo, a titularidade original do direito de construir é da coletividade, ainda que possa pertencer tanto ao Estado quanto aos particulares. Isso porque o meio ambiente é, segundo dispõe a Constituição (art. 225), um bem de uso comum do povo.

Em resumida síntese, defende-se que o direito de construir não é inerente ao direito de propriedade, mas, pelo contrário, é atribuído pelo Poder Público – que o detém em nome da coletividade – ao proprietário, em troca de determinados ônus urbanísticos, tanto no caso da qualificação do terreno como solo urbano como por ocasião do aumento do potencial construtivo além do índice de aproveitamento básico.

---

<sup>46</sup> Segundo o autor, “tal ampliação tradicionalmente se fez pela simples mudança no zoneamento, permitindo que os proprietários se beneficiassem da valorização de seus terrenos independente de qualquer contrapartida” (2005, p. 309).

É dessa forma, portanto, que se estrutura a tese da separação do direito de propriedade do direito de construir, defendida por Victor Carvalho Pinto, esteada na lição de doutrinadores europeus como Pedro Escribano Collado e Fernando Alves Correia.

*3.2.2. O direito de construir e o conteúdo mínimo da propriedade: argumentos a favor da inerência do direito de construir ao direito de propriedade*

Em oposição ao exposto anteriormente, grande parte da doutrina se posiciona no sentido de que, em que pese a consagração da função social da propriedade e a promulgação do Estatuto da Cidade, o direito de construir, no ordenamento jurídico brasileiro, continua inerente ao direito de propriedade. Convém notar que mesmo entre os autores que afirmam tal entendimento não há uma uniformidade de posições; no entanto, é possível identificar na teoria do conteúdo mínimo da propriedade um dos principais argumentos utilizados.

Segundo se afirma, a propriedade possui um núcleo essencial, intocável, garantido pela Constituição, que consiste em sua utilização econômica. No caso da propriedade urbana, o conteúdo mínimo consiste na faculdade de edificar no terreno, de forma que, se ao proprietário urbano não é assegurado o direito de edificar, o direito de propriedade é extinto.

Pois bem, é certo que o direito de propriedade, como já se afirmou neste trabalho, está sujeito às normas de Direito Público e tem sua sede fundamental nas normas Constitucionais. Como aponta José Afonso da Silva (2010, p. 71):

“em que pese os juristas brasileiros privatistas conceberem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao direito civil, hoje, diante das transformações impostas à relação de propriedade, essa está sujeita à estrita disciplina de direito público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. As normas do direito privado sobre a propriedade devem ser compreendidas em conformidade com a disciplina constitucional”.

Como exposto anteriormente, a Constituição Federal de 1988 consagra a garantia da propriedade privada e a de sua função social em suas cláusulas pétreas (art. 5º, XXII e XXIII), mas não se limita a isso: reafirma a instituição da propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica (art. 170, II e III). Além disso, a Constituição acolhe



a tese de que inexistente uma única propriedade, mas várias, consoante o tipo de bem objeto do direito e, por conseguinte, a sua funcionalização.

A delimitação da configuração do perfil de cada tipo de propriedade, por sua vez, é realizada pela legislação infraconstitucional, dentro dos moldes das garantias constitucionais. Na lição de Lúcia Valle Figueiredo (2005, p. 25):

“O direito de propriedade é o traçado pelo ordenamento constitucional vigente, que o denota, e cuja conotação será dada pelas normas infraconstitucionais, a par das interpretações jurisprudencial e doutrinária que, não desbordando da “moldura”, irão, paulatinamente, enriquecendo-lhe o conteúdo”.

Segundo Figueiredo (2005), ainda, a importância do asseguramento do direito de propriedade a nível constitucional é profunda, já que, dessa forma, o legislador ordinário está totalmente adstrito pelo princípio, não podendo expedir leis que desborem o vetor constitucional. De conseguinte, a legislação infraconstitucional, que deve delinear o perfil de cada tipo de propriedade, em consonância inclusive com a sua função social, deve confinar-se à moldura desse vetor constitucional, que assegura o direito de propriedade.

Assim é que a legislação infraconstitucional, por meio de limitações ao direito de propriedade, configura o seu próprio perfil. É dizer, a configuração de um “padrão” para a utilização e disposição da propriedade não implica em uma violação ao direito de propriedade, mas tão somente no delineamento do perfil do próprio direito (GRAU, 2001).

Ocorre que, ainda que haja divergência acerca da origem das limitações urbanísticas – seja no poder de polícia, seja no princípio da função social da propriedade –, afirma-se que elas não podem esvaziar o conteúdo do direito de propriedade, uma vez que este está assegurado constitucionalmente. É dizer, a legislação não pode impor limitações que reduzam a utilização da propriedade ao extremo, na medida em que isso desborda a moldura constitucional que garante o direito de propriedade.

As limitações não podem atingir a própria garantia constitucional do direito de propriedade, que consiste em um núcleo essencial intocável pela legislação infraconstitucional. As limitações ao uso e disposição do bem, portanto, devem respeitar um certo limite.

Como afirma Mello (1987, p. 61),

“se a disciplina deles (dos atributos da propriedade) incrementar-se ao ponto de sacrificar o uso, gozo ou a disposição do bem, reduzindo-o a

uma esfera inexpressiva e nula, ter-se-á de concluir que foi golpeado o próprio direito, a pretexto de regulá-lo. É que sem as expressões dele não há o direito em si mesmo”.

A respeito do tema, é a lição do jurista italiano Pietro Perlingieri (2007, p. 231):

“Do inteiro quadro constitucional deriva que a propriedade privada não pode ser esvaziada de qualquer conteúdo e reduzida à categoria de propriedade formal, como um título de nobreza. Ela representa não um desvalor, mas um instrumento de garantia do pluralismo e da defesa em relação a qualquer tentativa de estatização. Se os estatutos proprietários são diversos em relação aos objetos, aos sujeitos, às destinações e mesmo aos patrimínios e às situações concretas, não existe um conteúdo mínimo da propriedade; existem, sim, os conteúdos mínimos de cada estatuto proprietário que é necessário individuar através de uma análise atenta. A propriedade, não importa que aspecto tenha, não se pode exaurir em uma mera forma, mas necessita de um conteúdo. Uma coisa é o problema da conformação do estatuto proprietário, outra é aquele da expropriação”.

E qual seria, pois, esse limite constitucional? Até que ponto as limitações urbanísticas podem chegar?

De fato, a definição do que seja o conteúdo mínimo da propriedade urbana não é tarefa fácil. Contudo, entre os autores que abordam o tema do direito urbanístico e, também do solo criado, e defendem a inerência do direito de construir ao direito de propriedade, há uma convergência no sentido de que esse conteúdo consiste na utilização econômica do terreno, que, por sua vez, se traduz na possibilidade de sobre ele se edificar.

Segundo Eros Grau (2001), há que se considerar que a titularidade da propriedade pressupõe um mínimo de uso e disposição, cuja expressão econômica consubstancia o valor a ela inerente. De modo que o padrão de utilização da propriedade estabelecido pela legislação infraconstitucional não pode ser tal que reduza *in extremis* a capacidade de uso e disposição do solo, sob pena de se comprometer a possibilidade de utilização econômica do imóvel, isto é, o próprio fundamento do direito de propriedade.

Para o autor, o componente econômico, no caso do solo urbano, pressupõe um volume de utilização mínima da unidade de solo urbano; quer dizer, a construção até um determinado limite confere ao solo urbano um determinado valor, que deve ser resguardado (GRAU, 2001). Um mínimo de edificabilidade, portanto, para o autor, constitui esse núcleo intocável pelas limitações urbanísticas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o uso e o gozo do bem, por sua vez, são noções que estão indissoluvelmente ligadas à ideia de funcionalidade. Logo, o que não se pode retirar da propriedade é a sua funcionalidade. Entende-se por funcionalidade a aptidão natural do bem em conjugação com a destinação social que cumpre, segundo o contexto em que esteja inserido. “É isso que o direito quer proteger quando consagra, constitucionalmente, o direito de propriedade” (MELLO *apud* PINTO, 2005, p. 280).

Com efeito, como já se observou, não existe apenas um tipo de propriedade, mas várias, segundo a função social que cada uma delas possui. No caso da propriedade urbana, afirma-se que o conteúdo intocável, que fica garantido constitucionalmente, consiste justamente na possibilidade de edificar, que é a emanção da utilização econômica do solo urbano.

Nesse sentido é a clara lição de Seabra Fagundes, citado por Figueiredo (2007), que acentua que a proteção constitucional ao direito de propriedade, mesmo que condicionado a uma função social, intenta a resguardá-lo naquilo que de mais expressivo se reveste, ou seja, o aspecto patrimonial.

Por conseguinte, afirma-se que o que as limitações não podem é promover o esvaziamento econômico do direito. Para tal corrente, caso haja um esvaziamento econômico da propriedade, o próprio direito de propriedade resta extinto. No caso da propriedade urbana, esse conteúdo mínimo econômico consista na possibilidade de construir sobre o terreno.

Como defende Ferreira (2003), o direito de construir é o núcleo da propriedade imobiliária urbana, e sua ablação do respectivo conteúdo corresponde ao seu esvaziamento econômico, o que sempre foi entendido como sendo uma expropriação, caracterizado, se não houve pagamento, o confisco. O autor lembra que a edificação é tão fundamental, no contexto da propriedade imobiliária urbana, que do dono do solo não edificado pode ser exigido seu adequado aproveitamento, mediante a edificação compulsória.

Na observação de Seabra Fagundes (*apud* FIGUEIREDO, 2007, p.44): “um terreno situado em zona urbana, ao qual não se vincula o direito de sobre ele edificar, carece de significação econômica, salvo raras exceções”, de modo que tornar o direito de construir autônomo, e não somente adstrito, no seu exercício, significa esvaziar o direito de propriedade em termos de valor patrimonial.

Para Miguel Maria de Serpa Lopes, citado por Sérgio de Andréa Ferreira (2003, p. 66):

“Uma das prerrogativas do domínio é o direito que tem o seu titular de fazer dele a sua utilização econômica. Num terreno, urbano ou rústico, no primeiro mais que no segundo, a sua construção é a forma mais comum dessa utilização. Por isso é que o art. 572 do CC dispõe, no princípio, que o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver”.

Assim é que, diante dessa impossibilidade de se subtrair do proprietário urbano a faculdade de construir sobre o seu terreno, sob pena de esvaziar o conteúdo econômico de sua propriedade, o qual é garantido constitucionalmente, sustenta-se que é inviável a separação entre o direito de propriedade e o direito de construir.

A tese da separação do direito de construir do direito de propriedade urbana, segundo tal doutrina, conflita com a garantia constitucional da propriedade, já que o direito de construir integra a própria essência do direito de propriedade urbana. Daí decorre que a adoção de tal concepção significa o esvaziamento do direito assegurado pela Carta Constitucional.

Isso significa que, segundo tal entendimento, a adoção do princípio da função social da propriedade, ainda que tenha introduzido alterações no interior do próprio conteúdo do direito de propriedade, não chegou a extinguir as clássicas faculdades atribuídas aos proprietários (usar, gozar, dispor e reaver) e, conseqüentemente, o direito de construir, que continuou garantido nos termos do art. 1.299 do Código Civil de 2002, segundo o qual “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”.

É dizer, o direito de construir continua sendo inerente ao direito de propriedade, como decorrência das faculdades que compõe esse direito.

No que se refere às inovações trazidas pelo Estatuto da Cidade, que instituiu diversos instrumentos urbanísticos que, na visão de Victor Carvalho Pinto, por exemplo, levaram à separação do direito de propriedade do direito de construir, os entendimentos dos autores que defendem a inerência do direito de construir ao direito de propriedade são os mais diversos.

Todos sustentam que até o limite do índice de aproveitamento básico o direito de construir pertence, de fato, ao proprietário. Todavia, no que se refere ao solo criado, quer dizer, ao direito de construir acima de tal coeficiente, os autores divergem entre atribuir tal direito à coletividade.

Veja-se que, por exemplo, para José Afonso da Silva (2010), a instituição da outorga onerosa do direito de construir, por exemplo, tão somente veio a confirmar a tese da

inerência do direito de construir, na medida em que transformou em direito subjetivo a faculdade de o proprietário construir até o limite do coeficiente básico de aproveitamento.

O autor aponta que a posição tradicional de que o direito de construir é inerente ao direito de propriedade não pode prevalecer com amplitude, já que a faculdade de construir é decorrente da qualificação urbanística do solo; todavia, feita essa ressalva, afirma:

“Com essas limitações é que temos que aceitar, em face do direito positivo brasileiro, a tese de que a faculdade de construir é inerente ao direito de propriedade do terreno, no âmbito urbanístico” (SILVA, 2010, p. 84).

No que concerne à outorga onerosa, o autor afirma que esta constitui nada mais que uma simples restrição ao direito de construir, tal como as que já existem nas leis de uso e ocupação do solo de forma que o direito de construir, até o coeficiente básico, pertence ao proprietário (SILVA, 2010), pois este foi reconhecido como indispensável ao uso normal do solo urbano.

Já a faculdade de construir acima do coeficiente básico não será um direito que decorra da propriedade do terreno, mas terá que ser adquirida do Poder Público Municipal por meio da outorga onerosa do direito de construir (SILVA, 2010).

Eros Grau (2001), por sua vez, também compartilha a visão de José Afonso da Silva, de que a instituição da outorga onerosa reafirmou a faculdade de construir como ínsita ao direito de propriedade, na medida em que transformou em direito subjetivo a faculdade de fazê-lo até o limite do coeficiente mínimo. Segundo o autor, o direito de propriedade é assegurado pela Constituição, mas possui conteúdo determinado por lei infraconstitucional:

“Admite-se, neste ponto, que, ao traçar o perfil do direito de propriedade, pode o ordenamento jurídico – sem definirmos ainda se federal, estadual ou municipal – definir “padrões de utilização” para a propriedade do solo urbano. Daí a conclusão de que tudo quanto exceder ao “padrão” definido – inclusive o direito de criação de novos solos – não é inerente a propriedade” (GRAU, 2001, p. 27).

É nesse sentido que, para o autor, o que excede o direito de construir fixado no coeficiente básico de aproveitamento não pertence ao proprietário, mas é, antes, uma criação do poder público com base na lei. Ou seja, para o autor, o direito de construir acima desse coeficiente pertence ao patrimônio público. Veja-se o que afirma:

“A cessão de direito de criar solo, assim, ao contrário do que algumas vezes tem sido aludido, não configura nem autorização, nem permissão. Em ambas as hipóteses estamos diante de ato administrativo discricionário e precário. Não se trata, também, de licença, ato vinculado, cuja outorga confere ao particular a possibilidade de realização de atividades específicas.

Quando o setor público negocia direito de criar solo – tal como poderão fazer os particulares, entre si – está vendendo determinado bem e não permitindo o exercício da atividade. Não se trata, evidentemente, de negociação de limitação administrativa, conclusão a que o impreciso conhecimento da noção de solo criado poderia conduzir.

Não ocorre também, no caso, concessão de uso, que pressupõe a cessão de uso do imóvel de domínio público a particular, para que este o utilize para fim definido, sempre em razão da prestação de atendimento ao interesse público.

No caso da cessão de direito de criar solo, o setor público estará operando a transferência de uma parte do seu patrimônio mediante remuneração. Não há na hipótese, nem prestação de serviço público, nem exercício do poder de polícia.

Não ocupa o setor público, pois, situação diversa daquela dos particulares quando, tal como estes últimos, opere a cessão de direito de criar o solo – ainda que intervenha sobre todas as operações praticadas, na condição de agente organizador e fiscalizador do mercado do direito de criar solo.

O problema estará exclusivamente na definição de um sistema flexível de negociação de tais direitos pelo setor público, que, naturalmente, não poderá, no caso, estar sujeito às tradicionais e ortodoxas regras de licitação” (GRAU, 1983, p. 65-67).

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Floreano de Azevedo Marques Neto (2010), para quem a separação do direito de propriedade do direito de construir foi estabelecida pelo Estatuto da Cidade no que se refere ao potencial construtivo acima do coeficiente de aproveitamento básico:

“Da forma como tratado no Estatuto da Cidade, temos que o direito de construir para além do coeficiente de aproveitamento básico – ou seja, o solo criado – se constituiu como um ativo patrimonial destacada do imóvel correspondente. Esse ativo, caracterizado num bem intangível autônomo, admite alienação ou pelo Poder Público (...) ou mesmo pelos particulares que tiverem seu direito de construir até o limite do coeficiente básico interdito por outras medidas de sacrifício ou condicionamento urbanístico (...). Esta constatação leva, uma vez mais, à verificação do anacronismo e da superação – infelizmente não equacionada pelo novo Código Civil – da classificação tradicional dos bens públicos.

Fato é que o solo criado, caracterizado como um bem público passível de alienação (mediante outorga onerosa), não é um bem ilimitado. Quer dizer, o Poder Público Municipal não pode sair vendendo potencial construtivo como se tivesse descoberto uma forma de criação ilimitada de riqueza. Haverá em cada cidade um potencial de, digamos, *solo criável*

correspondente à diferença entre o coeficiente de aproveitamento básico estabelecido para cada área dentro da zona urbana (art. 28, § 2º) e o limite máximo passível de ser aproveitado (art. 28§3º), este último balizado pela disponibilidade de infraestrutura e o incremento de adensamento alvitado.

Dessa diferença, por óbvio, deverão ser abatidas as áreas nas quais a edificação é defesa (áreas públicas e institucionais, áreas tombadas ou objeto de proteção ambiental, etc). Em suma, o *solo criado*, como bem em comércio, trata-se também de recurso escasso, cuja alienação pelo Poder Público deverá ser ponderada e criteriosa” (MARQUES NETO, 2010, p. 235).

Ainda nesse sentido é o entendimento de Maria Magnólia Lima Guerra, citada por Marcelo Figueiredo, que afirma que:

“a solução preconizada, na verdade, admite o direito de construir como um direito cuja titularidade pertence ao proprietário do solo, mas só até o limite de edificação estabelecido pelo coeficiente de aproveitamento do solo instituído por lei. A partir desse limite é que o direito de construir passa a pertencer à coletividade. Isso significa também que, dentro do coeficiente, é assegurado ao proprietário a faculdade de separar o direito de construir do direito de propriedade do solo, de modo a torná-lo suscetível de alienação” (*apud* MARQUES NETO, 2010, p. 228).

Por conseguinte, para tais autores, que se esteiram em uma espécie de posição intermediária, os instrumentos urbanísticos do Estatuto da Cidade asseguraram, por um lado, a inerência do direito de construir ao direito de propriedade dentro aquele conteúdo mínimo regulamentado pelo coeficiente de aproveitamento básico, e, por outro, operaram a sua separação no que concerne ao direito de construir acima de tal coeficiente, que passa a pertencer ao Poder Público.

## CONCLUSÃO

Tendo em conta a importância da regulamentação do direito de construir para a ordenação das cidades, este texto buscou, a partir da compreensão do sentido da função social da propriedade urbana, expor os principais argumentos que se delineiam na discussão a respeito da separação entre o direito de construir e o direito de propriedade, a qual, apesar de já se prolongar história, alastra-se até os dias de hoje, especialmente após a edição do Estatuto da Cidade e, também, desde a elaboração da tese da autonomia do direito de construir de Victor Carvalho Pinto, conforme exposto neste trabalho.

Para tanto, inicialmente abordou-se a própria noção de propriedade ao longo da história ocidental, com o intuito de se demonstrar que, ao contrário do que um estudo desatento do direito civil tradicional possa levar a crer, o direito de propriedade é um instituto que sofreu profundas modificações ao longo do tempo, em consonância com os climas históricos que se construíram. Buscou-se, pois, desmistificar aquele direito de propriedade que por vezes aparece, ainda, como verdadeiramente sagrado.

Em seguida, tendo em vista as transformações recentes na concepção do direito de propriedade, tratou-se do princípio da função social da propriedade, o qual, após um longo percurso, chegou ao nosso ordenamento jurídico. Com efeito, atualmente se entende que o princípio da função social da propriedade, muito mais do que uma limitação externa a um direito de propriedade anterior, representa um elemento do próprio conteúdo do direito de propriedade. A função social da propriedade, por conseguinte, altera a própria estrutura desse direito.

É nesse sentido que a Constituição de 1988, atenta a essas alterações na concepção do direito de propriedade, introduziu em suas cláusulas pétreas, em seu art. 5º, dedicado aos direitos e garantias individuais e coletivos, não somente a garantia do direito de propriedade como, logo em seguida – e no mesmo patamar –, a determinação de que a propriedade deve cumprir a sua função social (incisos XXII e XXIII). Além disso, a carta constitucional também inseriu entre os princípios da ordem econômica tanto a propriedade privada quanto a função social da propriedade (art. 170, II e III).

Mais do que isso, todavia, após um longo processo político de pressão dos movimentos pela reforma urbana, a Constituição inseriu, de forma inovadora, um capítulo



exclusivamente destinado à política urbana, no qual conferiu especial relevância ao princípio da função social da propriedade urbana.

A partir daí, a análise da propriedade urbana e de sua função social foram objeto de análise do presente estudo. Verificou-se que, segundo a própria Constituição, a propriedade urbana somente cumpre a sua função social quando atende às exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor, que, por sua vez, foi alçado à categoria de “instrumento básico da política urbana”. Consagrou-se, assim, o que José Afonso da Silva chama de propriedade planejada, no sentido de que a propriedade urbana está indissolivelmente ligada ao planejamento urbano, especialmente ao plano diretor.

Com efeito, sendo a função social da propriedade urbana determinada pelo plano diretor, verificou-se que este assumiu um papel fundamental na compreensão do conteúdo da propriedade urbana, já que, como se disse, o princípio da função social da propriedade implica uma reconfiguração da própria estrutura do direito, de sua própria essência.

Partindo dessa assertiva, chegou-se ao dilema de saber se a função social da propriedade reconfigurou o direito de propriedade urbana a ponto de dissociar dele a faculdade de construir, a qual, segundo a doutrina tradicional, sempre foi considerada como inerente ao direito de propriedade, por estar incluída nas faculdades de usar, fruir e dispor da coisa, conforme regulamentação do Código Civil – levando em conta, ainda, que o Estatuto da Cidade, promulgado em 2001, trouxe em seu bojo instrumentos urbanísticos bastante polêmicos, que suscitaram dilemas, entre os doutrinadores, acerca do direito de construir.

Sob esse viés, explanou-se a tese da autonomia do direito de construir em relação ao direito de propriedade, da forma como elaborada por Victor Carvalho Pinto, que trouxe argumentos bastante consistentes para a discussão que, para muitos, já havia sido deixada de lado no direito urbanístico.

Tal autor trouxe uma nova interpretação dos princípios do direito urbanístico, aplicando ao ordenamento jurídico brasileiro a teoria da conformação do direito de propriedade existente no direito europeu, segundo a qual o direito de construir não é inerente ao direito de propriedade, mas é uma faculdade atribuída ao terreno pelos planos urbanísticos, mediante o cumprimento, pelo proprietário, de determinados ônus urbanísticos. Quer dizer, o proprietário apenas adquire o direito de construir mediante uma concessão, sempre onerosa, do Poder Público.

Em sentido oposto, apresentou-se, com o intuito de enriquecer o debate, a principal linha de argumentação daqueles autores que defendem a inerência do direito de construir ao direito de propriedade, segundo a qual, ao retirar do direito de propriedade urbana a faculdade de se edificar no terreno, elimina-se o próprio direito, na medida em que o núcleo essencial, intocável, da propriedade urbana é justamente um mínimo de edificabilidade.

Nota-se que a discussão é de extrema relevância para determinar a existência do dever de indenizar, ou não, os proprietários que tem suas propriedades atingidas por alterações nas limitações urbanísticas ao direito de construir. Segundo a teoria elaborada por Victor Carvalho Pinto, por exemplo, o direito de construir do proprietário, após o cumprimento dos ônus urbanísticos, fica protegido, de forma que, em caso de limitações urbanísticas posteriores que reduzam seu potencial construtivo, tem ele, sim, direito a ser indenizado.

Na opinião do autor, caso a questão seja vista do ponto de vista tradicional, o proprietário fica totalmente desprotegido das alterações das normas urbanísticas que acarretem a alteração de seu direito de construir, uma vez que, por serem tais limitações urbanísticas gerais e abstratas, fundadas no poder de polícia, são também gratuitas, não havendo direito a indenização.

É certo que, além dessa, inúmeras outras discussões podem ser travadas observando-se os dois pontos de vista, não somente em relação ao direito dos proprietários atingidos pelas limitações ao direito de construir, mas também em relação ao planejamento urbanístico e seus instrumentos de atuação, já que a separação do direito de construir estaria, para alguns, prevista nos instrumentos urbanísticos do Estatuto da Cidade.

Com efeito, como observa Daniel Gaio (2000), a questão vai muito mais além do que simplesmente definir se o direito de construir é inerente ao direito de propriedade ou se decorre de uma concessão do Poder Público, já que existem diversas outras questões imbricadas, tais como qual seja o conteúdo essencial do direito de propriedade, a utilização de instrumentos de perequação urbanística, a especulação imobiliária, bem como a justa distribuição dos encargos decorrentes dos planos de urbanização.

Cotejaram-se, assim, duas interpretações distintas acerca das normas urbanísticas que regulamentam o direito de construir. O que se buscou, com efeito, não foi oferecer uma resposta fechada a tais questões, mas, tendo em vista a sua importância e o atual desenvolvimento do direito urbanístico, contribuir para suscitar o debate, considerando,

especialmente, que a questão não é nem um pouco pacífica nem entre a doutrina internacional nem entre os autores brasileiros.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Dos instrumentos da política urbana. In ALMEIDA, Fernando dias Mezes de Almeida; MEDAUR, Odete. IN *O Estatuto da Cidade: Lei n. 10.257, de 10.07.2001: Comentários*. 2 ed. São Paulo: RT, 2004.

BLANC, Priscila Ferreira. *Plano Diretor urbano & função social da propriedade*. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 10 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10257.htm)> Acesso em: 20 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 6.766 de 19 de dezembro de 1979*. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16766.htm)> Acesso em: 4 maio 2012.

BICUDO, Pedro Marino. *O direito de construir perante a função social urbana*. 167 f. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In Transferência do direito de construir. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (org). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257, 2001*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 335-354.

CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Organização da cidade: planejamento municipal, plano diretor, urbanificação*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Propriedade, política urbana e Constituição*. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, n. 20, p. 127-143, jul./dez. 2004.

CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COSTA, Moacyr Lobo da. A propriedade na doutrina de Duguit (exposição e crítica). *Revista dos Tribunais*, ano 90, v. 791, p. 759-770, set. 2001.

COULANGES, Fustel de. *A cidade Antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da Política Urbana. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (org). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72-86.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Prefácio à 1 edição. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (org). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 19-20.

DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. 2 ed. São Paulo: Ícone, 2006.

FACHIN, Edson Luiz. A cidade nuclear e o direito periférico (reflexões sobre a propriedade urbana). *Revista dos Tribunais*. v. 723, ano 85, p. 107-110, jan. 1996.

\_\_\_\_\_. Sustentabilidade e direito privado: funções derivadas das titularidades patrimoniais. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 33-38, mar. 2001.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. A propriedade urbana e os novos instrumentos do Estatuto da Cidade. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, ano II, n. 11, p. 21-51, abr./maio de 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GAIO, Daniel. A propriedade urbana e o direito de edificar. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 5, n. 20, p. 121-158.

GASPARINI, Diógenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Editora NDJ, 2002.

GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do direito de propriedade. In Antônio Carlos Wolkmer (org). *Fundamentos da história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 115-136.

GOMES, Orlando. A função social da propriedade. In *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, n° especial (Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Ferrer-Correia)*, 1989, p. 423-437.

\_\_\_\_\_. *Direitos reais*. 20 ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRAU, Eros. Função social da propriedade. In FRANÇA, Limongi (org). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 39, p. 16 et seq.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

\_\_\_\_\_. *Direito Urbano*. São Paulo: RT, 1983.

\_\_\_\_\_. Solo criado. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano 24, n. 51, p.20-45, jul./dez. 2001.

\_\_\_\_\_. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

JUNIOR, Nelson Saule. O tratamento constitucional do Plano Diretor como instrumento de política urbana. In FERNANDES, Edésio (org). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LEAL, Rogério. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LIRA, Ricardo Pereira. A questão urbano-ambiental. In TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

MACEDO, Marina Michel de. *Operação Urbana Consorciada: uma alternativa para a urbanificação das cidades*. 2007. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

MARQUES NETO, Floreano de Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir (solo criado). In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (org). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 223-246.

MATTOS, Liana Pontilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Temas & Ideias Editora, 2003.

MEDAUAR, Odete. Diretrizes gerais. In ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MEDAUAR, Odete. *O Estatuto da Cidade: Lei n. 10.257, de 10.07.2001: Comentários*. 2 ed. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 8 ed. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito municipal brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Novos aspectos da função social da propriedade no Direito Público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, p. 39-45., out/dez 1987.

MELO, Tarso de. *Direito e ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MONTEIRO, Yara Darcy; SILVEIRA, Egle Monteiro. Transferência do direito de construir. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (org). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 223-246.

MOREIRA, Mariana. A história do Estatuto da Cidade. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (org). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 27-44.

PEIXOTO, Ester Lopes. *A função social da propriedade: do CC/1916 ao CC/2002*. 2005. Dissertação (Mestrado em direito), UNISINOS, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7496/000546278.pdf?sequence=1>> Acesso em 5 abr. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: vol. IV*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINTO, Carvalho Filho. *Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito urbanístico brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função Social da Propriedade. In DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (org.). *Temas de Direito Urbanístico - I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (orgs.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45-60.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.